

مَسْنَعُ
مَجْمَعُ الْبَحْثِ مَرْكَبُهَا
و
مُلْتَقَى النِّبَرِ مَرْكَبُهَا

تأليف
الإمام مظفر الدين أبي القاسم أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ ابن الساعاتي.
(٦٥١ - ٦٩٤ هـ)

تحقيق
د. صلاح بن عبد الباق بن صلاح البعير
د. خالد بن عبد الباق بن محمد البعير
د. عبد الباق بن صلاح بن محمد البعير

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المجلد التاسع

دار الفلاح
للبيّات العلميّة وتحتفي التراث

حار الأفهام
الرياض

شَهِدَ
مُحَمَّدٌ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
مُتَيْمٍ

بسم الله الرحمن الرحيم

جميع الحقوق محفوظة

جميع الحقوق محفوظة
ولا يجوز نشر هذا الكتاب بأي وسيلة
أو تصويره PDF أو كإلكترون خفي من
مصادر الأثر الإلكتروني غير المصرح به

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على
سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين

استاذ الفقه المازني
خالد المرحوم المازني

الطبعة الأولى
١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م

رقم الإيداع بدار الكتب
2015/25661

تطلب منشورنا من:

- 0 دار العلم - باريس - الشرقية - مصر
- 0 دار الأوقاف - الرياض
- 0 دار كنز السليم - الرياض
- 0 مكتبة بصمات ابن القيم بدمشق
- 0 دار ابن حزم - بيروت
- 0 دار المحسن - الجزائر
- 0 دار الإرشاد - استانبول
- 0 دار الفقه والفتوى

دار الفقه

للإنتاج الإلكتروني وتحقيق التراث
١٨ شارع النهضة - الرياض - ١١٥٥٥٠٠

Kh_rbat@hotmail.com

والس 01123519722 802

شَيْخُ
مَجْمَعِ الْبَحْثِ وَالتَّحْقِيقِ
فِي
مِلَّةِ قَوْلِ النَّبِيِّينَ

تَأَلَّفَتْ
إِسْلَامُ ظَهْر الدِّينِ أَبِي الْقَاسِمِ مُحَمَّدِ بْنِ تَقِيٍّ بْنِ تَقَلُّبِ الْبَغْدَادِيِّ
الْمَعْرُوفِ بِإِسْمِ السَّاعَاتِي،
(٦٥١ - ٦٩٤ هـ)

مُخَوِّقٌ

صَالِحُ بْنُ عَبْدِ السَّامِدِ بْنِ صَالِحِ الْبَغْدَادِيِّ
خَالِدُ بْنُ عَبْدِ السَّامِدِ بْنِ مُحَمَّدِ الْبَغْدَادِيِّ
عَبْدُ السَّامِدِ بْنِ صَالِحِ بْنِ مُحَمَّدِ الْبَغْدَادِيِّ

ثَلَاثَ رِسَالٍ بِالْمَعْهَدِ الْعَالِيِّ لِلْقَضَاءِ
جَامِعَةِ الْإِمَامِ مُحَمَّدِ بْنِ سَعُودِ الْإِسْلَامِيَّةِ

الْمَجْلَدُ الثَّامِنُ

دَارُ الْفَيْصَالِ
لِلْبَحْثِ الْوَلَوِيِّ وَتَحْقِيقِ التَّرَاثِ

ت ٥٩٢٠٠ ٠١٠٠ ٠٢٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۴۱
کِتَابُ الْإِيمَانِ

كتاب الإيمان^(١)

اليمين^(٢): القوة، قال تعالى: ﴿لَا خُذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الحاقة: ٤٥] أي: بالقوة والقدرة، وهي الجارحة أيضًا، ومطلق الحلف بأي شيء كان.

وفي الشرع: هو نوعان:

القَسَمُ بما يقتضي تعظيم المقسم به، وذكر الشرط والجزاء، فالأول كالقسم بالله تعالى؛ ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: لا يجوز القسم إلا بالله، قال ﷺ: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر»^(٣)، والمعنى اللغوي حاصل لا شتماله على مطلق الحلف، إذا الأعم جزء الأخص، وعلى القوة أيضًا لحصول التوثق والقوة في الكلام بالقسم، وقد كانوا إذا تحالفوا وتعاهدوا أخذوا بأيمانهم التي هي الجوارح.

وأما الثاني وهو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل عند وجوده فهو يمين في الاصطلاح الشرعي، ولم ينقل عن أهل اللغة، وهذا مثل قوله: إن دخلت الدار فعبدي حرًا. وفيه معنى القوة أيضًا؛ لأنَّ اليمين يعقد للحمل على الفعل أو للمنع منه، فإنَّ الإنسان قد يعلم المصلحة في فعل ولا يقدم عليه وقد يعلمها في ترك فعل ولا يمتنع عنه، فكانت

(١) لما كان تحقق جل الأضحية متوقفًا على ذكر أسم الله تعالى باللسان، فذلك تحقق اليمين وتأكدوا بذكر أسم الله تعالى باللسان ناسب ذكرها عقب الأضحية. «المجمع شرح المستجمع».

(٢) اليمين لغة: الجهة والجارحة والقوة والشدة وجمعها أيمن وأيمان، يمين الحالف. «المصباح المنير» ص ٤٠٥، و«مختار الصحاح» ص ٦٦١ مادة: يمن. «المعجم الوسيط» ١٠٦٧/٢ مادة يمن.

(٣) رواه البخاري (٢٦٧٩)، ومسلم (١٦٤٦) بلفظ: «أو ليصمت».

اليمينُ مؤكدةٌ للعزمِ على الفعلِ أو التركِ^(١)، وكما أنَّ اليمينَ بالله تعالى حاملةٌ أو مانعةٌ لما يلازمها من الإثمِ بهتكِ أسمِ المعظم والكفارة، فكَذلك الشرطُ والجزاءُ حاملٌ أو مانعٌ بسببِ ما يلزمه من زوالِ ملكِ النكاحِ أو الرقبةِ أو غيرهما، فالحقُّ التعليقُ باليمينِ بالله لاشتراكهما في هذا المعنى، ثم اليمينُ مشروعةٌ في المعاهدات والخصوماتِ توكيدًا وتوثيقًا للقول^(٢)، قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤْخَذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وقال ﷺ: « لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر »^(٣)، (والأصل)^(٤) تقليلُ الحلف بالله تعالى ويكره الحلف بغيره^(٥)، وقيل: إن أضيفَ إلى المستقبل لم يكره، وإن أضيفَ إلى الماضي كره، وهذا أحسن؛ لأنَّ الحلف بغير أسمِ الله تعالى مستعملٌ في العهودِ والمواثيقِ بين المسلمين من غير تكبير. وأما ما رُوِيَ:

(١) «المبسوط» ١٢٦/٨، و«الاختيار» ٢٧٣/٤، و«تبيين الحقائق» ١٠٧/٣، و«البحر الرائق» ٣٠٠/٤.

(٢) «المبسوط» ١٢٦/٨، و«الاختيار» ٢٧٣-٢٧٤/٤، و«تبيين الحقائق» ١٠٧/٣، و«البحر الرائق» ٣٠٠/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٧٠٤/٣.

(٣) رواه البخاري (٦٦٤٨)، ومسلم (١٦٤٦) من حديث ابن عمر بلفظ: « لا تحلفوا بآبائكم » ورواه مسلم (١٦٤٨) من حديث عبد الرحمن بن سمرة بلفظ: « لا تحلفوا بالطواغي ولا بآبائكم ».

(٤) في (ب): (والأفضل).

(٥) قال شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى والحلف بالمخلوقات حرام عند الجمهور وهو مذهب أبي حنيفة وأحد القولين في مذهب الشافعي وأحمد، وقد حكى أجماع الصحابة على ذلك. وقيل: هي مكروهة كراهة تنزيه. وذلك أن الحلف بغير الله شرك، والشرك أعظم من الكذب.

«مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية» ٢٠٤/١.

« ملعون من حلف بالطلاق أو حُلف به »^(١)؛ فمحمولٌ على الإضافة إلى الماضي بالإجماع^(٢).

قال: (وينقسم إلى غموس أن يحلف بالله كاذبًا فيستغفر الله تعالى، ولا يوجب كفارة، وإلى لغو يفسرها بالحلف على أمر يظنه كما قال وهو خلافه لا الخالي عن القصد فيرجى أن لا يؤاخذ بها، وإلى منعقدة أن يحلف على فعل أو ترك في المستقبل).

اليمين بالله تعالى على ثلاثة أقسام: يمين الغموس ويمين لغو ويمين منعقدة، فيمين الغموس أن يحلف بالله على أمر ماضٍ أو حالٍ يتعمدُ فيها الكذب، وهذه اليمين لا كفارة فيها عندنا^(٣) خلافاً للشافعي^(٤)، ولكن يستغفر الله ويتوب إليه، ويمين اللغو أن يحلف على أمر يظنه على ما قال والأمر بخلافه، وهذا التفسير عندنا^(٥).

وعند الشافعي^(٦) هو الذي يسبق لسانه بالحلف في أثناء كلامه كقوله:

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» ٢١٦/٢ (٢٣٣٤).

(٢) «الاختيار» ٢٧٤/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٣٩/١، و«حاشية ابن عابدين» ٧٠٥/٣.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٥، و«إيثار الإنصاف» ص ٣٨٠، و«درر الحكام» ٣٩/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٣٩/١.

(٤) «الأم» ٢٩٠/٦، و«حلية العلماء» ٢٤٤-٢٤٥/٧، و«الوجيز» ٢٢٣/٢، و«روضة الطالبين» ٣/٨.

(٥) «فتاوى قاضيخان» ٢٦٤/٤، و«تبين الحقائق» ١٠٨/٣، و«فتح القدير» ٦٣/٥، و«اللباب» ٤/٤.

(٦) «الأم» ٢٩٠/٦، و«التنبيه» ص ١٩٣، و«حلية العلماء» ٢٤٣/٧، و«روضة الطالبين» ٣/٨.

بلى والله ولا والله ولا (يقصد)^(١) (اليمين)^(٢)، وهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها، واليمين المنعقدة هي أن يحلف على أمر يفعله أو يتركه في الزمان المستقبل. فإذا حنث فيه وجبت الكفارة^(٣)، وإنما كانت ثلاثة أقسام؛ لأنها إما أن تكون على الماضي أو الحال أو المستقبل، فإن كانت على الماضي أو الحال فإما أن يتعمد الكذب فيها أو لا يتعمد، والأول الغموس والثاني اللغو، وإن كانت على المستقبل فهي الثالثة سواء كان عامداً أو ناسياً مكرهاً أو طائعاً، كما يأتي إن شاء الله تعالى للشافعي^(٤) في وجوب الكفارة في الغموس أن الكفارة شرعت لرفع هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق الهتك بالاستشهاد باسمه كاذباً فأشبهه المنعقدة إذا نقصت بالحنث فيها.

ولنا^(٥): أن الغموس ليست يميناً حقيقة؛ لأن اليمين عقد مشروع، وهذه معصية كبيرة، فلا تكون مشروعة، وإنما سميت يميناً مجازاً لوجود صورة اليمين، كما نهى ﷺ عن بيع الحر فسماه بيعاً مجازاً، والكفارة دائرة بين العبادَةِ والعقوبة فيتعمد سبباً دائراً بين الحظر والإباحة، والمنعقدة باعتبار أنها في ابتدائها تعظيم اسم الله تعالى، وفي انتهائها عند الحنث هتك حرمة اسم الله تعالى صلحت الكفارة حكماً لها،

(١) في (ج): (تتعقد).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ١٢٦-١٢٧، و«الهداية» ٣٥٥/٢، و«الاختيار» ٢٧٤/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٧٠٦-٧٠٧.

(٤) «الوجيز» ٢٢٥/٢، و«التنبيه» ص ١٩٩، و«روضة الطالبين» ١٧/٧.

(٥) «المبسوط» ١٢٨-١٢٩، و«فتح القدير» ٦٠-٦١/٥، و«تبين الحقائق» ١٠٨/٣، و«اللباب» ٣/٤.

والغموسُ كبيرةٌ محضةٌ فيجب عليها عقوبةٌ محضةٌ، فلا تصلح الكفارةُ حكمًا لها، وسميت هذه اليمين غموسًا؛ لأنها تغمسُ صاحبها في نارِ جهنمَ، ولهذا قلنا لا كفارة فيها، وأطلق قوله: أن يحلف بالله كاذبًا؛ لتشملَ الماضي والحالَ، فإنه ذكر الاستقبال في المنعقدة من بعد /١٣٠ب/ فاليمين مثل قوله: والله ما فعلتُ كذا وهو يعلمُ أنه فعله، واليمينُ على الحالِ أن يقول: والله ما لهذا عليَّ دين. وهو يقسم أن له عليه، فعلى من حلف بها أن يستغفرَ الله تعالى ويتوبَ إليه وأمره إلى الله تعالى. قال ﷺ: «خمسٌ من الكبائر لا كفارةَ فيهن: الإشراكُ بالله، وعقوقُ الوالدين، وبهتُ المسلم، والفرارُ من الزحف، واليمينُ الغموسُ»^(١)، وقال ﷺ: «اليمينُ الغموسُ تدع الديار بلاقع»^(٢)،^(٣) ولم يذكر الكفارة ولو كانت واجبةً لذكرها تعلمًا، أو لو كانت لها كفارة لما تركت الديار بلاقع؛ لأنَّ الكفارة أَسَمٌ لما يستر الذنبَ فيرفع إثمه وعقوبته، وأما يمينُ اللغو في الماضي كقوله: والله ما دخلت الدار وهو يظنُّ أنه لم يدخلها، والأمرُ خلاف ذلك، وفي الحالِ كقوله عمن تقبلُ علته: والله إنه لزيدٌ. وهو يظنه زيدًا، فإذا هو عمرو، هذا تفسيرُ اللغو عندنا^(٤).

(١) رواه أحمد ٣٦١-٣٦٢ بلفظ: «خمس ليس لهن كفارة..» وانظر: «الإرواء» (١٢٠٢).

(٢) بلاقع: البلاقع جمع بلقع وبلقعه وهي الأرض القفر التي لا شيء فيها يريد أن الحالف بها يفتقر ويذهب ما في بيته من الرزق، وقيل: هو أن يفرق الله شمله ويغير عليه ما أولاه من نعمه. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/١٥٣.

(٣) رواه البيهقي ٣٥/١٠، وصححه الألباني في (٩٧٨)، من حديث أبي هريرة.

(٤) «الهداية» ٢/٣٥٥، و«الاختيار» ٤/٢٧٥، و«البحر الرائق» ٤/٣٠٢، و«إيثار

وقال الشافعي^(١) رحمه الله: هو ما يجري بين الناس من قولهم: لا والله، وبلى والله من غير قصد لليمين، وحكى ذلك محمد^(٢) عن أبي حنيفة^(٣) رحمهما الله.

وعن عائشة رضي الله عنها مثل ذلك موقوفًا ومرفوعًا، وعن ابن عباس رضي الله عنهما هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق وإنما قال: يرجى ألا يؤخذ الله تعالى عليها، وإن كانت غير مؤخذٍ عليها نصًا لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] باعتبار اختلاف تفسير اللغو فيجوز أن يكون ما فسرناها به حقًا، ويحتمل أن لا يكون؛ فلذلك قال: يرجى أن لا يؤخذ بها أي: التفسير الذي فسرناها به، وإنما قال في اللغو تفسيرنا بالحلف به أي: بالله لفائدة، فإنه روى ابن رستم^(٣) عن محمد^(٢): لا يكون اللغو إلا في اليمين بالله خاصة، وقد عبر عنه الكرخي^(٤) فقال: ما كان المحلوف به هو الذي يلزمه بالحنث فلا لغو فيه؛ وذلك لأن من حلف بالله على أمر يظنه كما قال وليس كذلك لغا المحلوف عليه وبقي قوله: والله فلا يلزمه شيء، واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله: أمراته طالق أو عبده حر أو عليه الحج فيلزمه، وأمّا المنعقدة فإن يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله كقوله: والله لأعطين زيدًا درهمًا. أو على أمر يتركه كقوله: والله لا كلمت زيدًا.

(١) «الأم» ٦/ ٢٩٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٣، و«حلية العلماء» ٧/ ٢٣٤، و«روضة الطالبين» ٣/ ٨.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٣٦، و«المبسوط» ٨/ ١٢٩-١٣٠، و«اللباب» ٤/ ٤، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٠.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) «الاختيار» ٢/ ٢٧٦.

فبرء في الفعل أن يفعل مرة، وبرء في الترك أن يترك أبداً، فمتى فعل مرة فقد حنث فتلزمه الكفارة^(١).

قال: (فإن كان المحلوف عليه فرضاً وجب^(٢) البر أو معصية فالحنث أو غيره خيراً ترجح الحنث أو تساوى فالبر).

المنعقدة أنواع منها: أن يحلف على أمرٍ هو فرضٌ كما إذا قال: والله لأصلين الفرائض أو لأصومن شهر رمضان أو لأتركن الزنا والسرقه، فهذا يجب فيه البر ولا يجوز الحنث^(٣)؛ لأن المحلوف عليه فرضٌ فتأكد باليمين.

ومنها: أن يحلف على معصية كما إذا عكس ذلك فيجب عليه أن يحنث ويكفر يمينه ولا يجوز أن يبر في يمينه^(٣) قال ﷺ: « من حلف أن يطيع الله فليطعه، ومن حلف أن يعصيه فلا يعصيه »^(٤).

ومنها: إذا حلف على أمرٍ غيره خيراً منه كما إذا حلف على هجران المسلم مثلاً فهنا يترجح الحنث ويكفر^(٣)، قال ﷺ: « من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالتي هي خير وليكفر عن يمينه »^(٥)؛ ولأن الحنث ينجر بالكفارة ولا جابر للمعصية.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٥، و«المبسوط» ١٢٦/٨-١٢٧، و«فتح القدير» ٦٢/٥، و«تبين الحقائق» ١٠٨-١٠٩/٣.

(٢) في (ب): (عليه).

(٣) «المبسوط» ١٢٦/٨-١٢٧، و«الاختيار» ٢٧٦/٤، و«مجمع الأنهر» ١/٥٤٠-٥٤١.

(٤) رواه البخاري برقم (٦٦٩٦) من حديث عائشة عائشة رضي الله عنها بلفظ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه».

(٥) رواه مسلم برقم (١٦٥٠) من حديث أبي هريرة.

ومنها: إذا حَلَفَ على أمرٍ غيرِه يساويه فهنا يترجَحُ حفظُ اليمينِ، قال تعالى: ﴿وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] أي: عن الحنث وهذا زائد^(١).

قال: (ويجبُ بالحنث الكفارةُ إن شاء أعتقَ رقبةً أو كسا عشرةً مساكينَ كلًّا منهم ثوبًا شاملًا لبدنه فما زاد أو ما تجزئ فيه الصلاة أو أطعمهم كالفطرة).

قال الله تعالى ﴿وَلَكِنْ يُؤْخَذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرتُمْهُ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُمْهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩] فالواجبُ واحدٌ من هذه الثلاثة يتعين بفعل العبدِ، وفي هذه المسألة بين الأصوليين كلامٌ كثيرٌ موضعه الأصول، والمذهبُ ما قلنا، وتفصيلُ الإعتاقِ والإطعامِ قد مضى في كفارة الظهار. وأما الكسوةُ فهي أسمٌ لما يُكتسَى به، والمقصودُ منها إزالةُ العري فكلُّ ثوبٍ يصيرُ مكتسبًا يُسمَّى كسوةً وإلا فلا.

فإذا أختارَ للكسوة كسَى عشرةً مساكينَ كلُّ مسكينٍ ما ينطلقُ عليه أسمُ الكسوة، فروي عن أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله أن أدناه ما يسترُ عامةَ بدنه فعلى هذا لا تجوزُ السراويلُ؛ لأنَّ لابسَهُ يسمَّى عريانًا عرفًا، وعن محمد^(٢) ﷺ أدناه ما يجوز فيه الصلاة فلا يجوز الخفُّ ولا القلنسوة؛ لأن لابسَ ذلك لا يُسمَّى مكتسبًا؛ لهذا لا تجوزُ فيها الصلاة، وقيل: لكلِّ مسكينٍ إزارٌ ورداءٌ وقميصٌ، وقيل: كساءٌ،

(١) «المبسوط» ١٢٦/٨-١٢٧، و«الاختيار» ٢٧٦/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٤٠/١-٥٤١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦-٣٠٧، و«درر الحكام» ٤١/٢، و«البحر الرائق» ٣١٤/٤، و«اللباب» ٨/٤.

وقيل: ملحفة، وقيل: يجوز الإزار إن كان يتوشح به، وإن كان لستر عورته دون بدنه لا يجوز كالسراويل، وعلى قول محمد^(١) ﷺ يجوز لجواز الصلاة فيه، وعن أبي حنيفة^(٢) ﷺ في العمامة إن كانت سابغة مقدار الإزار السابغ أو يمكن أن يُقطع منها قميص جاز / ١١٣١ / وإلا فلا وعنهما فيما يجرى في الكسوة يجرى عن الإطعام بالقيمة إذا نوى ذلك.

قال: (ولا نوجب تملكه) الضمير راجع إلى الإطعام، أمّا الكفارة تغفره فلا يتأذى إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون زاجراً أو رادعاً له ليتحقق معنى العقوبة فلا بد فيه من التملك، ولو أعاده لا تجوز لعدم زوال ملكه عن العين في العارية، وأمّا الإطعام فتجوز فيه الإباحة عندنا^(٣).

وقال الشافعي^(٣) ﷺ: التملك فيه واجب أيضاً؛ لأنه حق مالي فلا يتأخ إلا بالتملك كالزكاة.

ولنا: أن الإطعام عند الإطلاق يراد به الإباحة، قال تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، والموجود من كل واحد في إطعام

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦-٣٠٧، و«درر الحكام» ٤١/٢، و«البحر الرائق» ٣١٤/٤، و«اللباب» ٨/٤.

(٢) «المبسوط» ١٥/٧، و«فتح القدير» ٨١/٥، و«الاختيار» ٢٠٢/٣، و«مجمع الأنهر» ٤٥٣/١.

(٣) «الأم» ٢٩١/٦، و«التنبيه» ص ١٩٩، و«حلية العلماء» ٣٠٧/٧-٣٠٨، و«روضة الطالبين» ٢٠-٢١/٨.

أهله هو الإباحة دون التملك على أن الغرض من التملك حاصل بالإباحة، فإن ملكه يزول عن الطعام بالإباحة كما يزول بالتملك.

قال: (ونجيز إتمام واحد عشرة أيام).

إذا وجبت عليه كفارة يمين فأطعم مسكيناً واحداً عشرة أيام جاز^(١)، وقال الشافعي^(٢) رحمه الله: لا يجزئه إلا عن يوم واحد اعتباراً لصورة العدد، ونحن اعتبرنا بالمعنى؛ لأنه صار في كل يوم مصرفاً ما صرفه إليه عن كفارة يمينه كما لو صرف إليه شخص آخر عن كفارته؛ لأن صيرورته مصرفاً باعتبار حاجته، والحوائج تتعدد بتعدد الأيام، والمقصود بالإيجاب دفع عشر حاجات لا دفع حاجة عشرة أشخاص.

قال: (واعتبرنا عتقه رقاباً عنهن من غير تعيين).

إذا كان عليه كفارتا يمين فاعتق عنهما رقتين لا ينوي عن أحديهما بعينها أجزاء عنهما. وقال زفر^(٣) رحمه الله: لا يجزئه عنهما ولا عن واحدة منهما؛ لأنه بإعتاقهما عنهما كان معتقاً عن كل واحدة منهما نصف كل عبد، ونصف كل من العبدین لا يكون رقبة لاستحالة الجمع، وليس له جعل ذلك عن أحديهما. بعد عتقه لهما، كما لو أعتق عبداً واحداً عن ظهار وإفطار لم يكن له أن يجعله عن أحديهما.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢١٤، و«فتاوى قاضيخان» ٢٦٦/٤، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٢٠٢/٣.

(٢) «الأم» ٢٩١/٦، و«التنبية» ص ١٨٨، و«الوجيز» ٨٤/٢، و«غاية البيان» ص ٣٢٠-٣٢١.

(٣) «مختصر آخلاق العلماء» ٢٥٤-٢٥٥/٣، و«المبسوط» ١٠/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٢٠٢/٣.

ولنا^(١): أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ لَا أَعْتَابَرُ بِهَا لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ بِخِلَافِ الْجَنْسَيْنِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ قَضَاءُ أَيَّامٍ مِنْ رَمَضَانَ فَنَوَى الْقَضَاءَ صَحَّ، وَإِنْ لَمْ يَعِينَ الْيَوْمَ الْمَقْضَى صَوْمَهُ لَا اتِّحَادَ الْجِنْسِ بِخِلَافِ مَا قَدْ كَانَ يَقْضِي رَمَضَانَ وَنَذْرًا فَصَامَ عَنْهُمَا يَوْمَيْنِ لَا يَجْزِيهِ عَنْهُمَا وَلَا عَنْ أَحَدِهِمَا، وَلَا يُمْكِنُهُ جَعْلُ ذَلِكَ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَ صَوْمِهِ عَنْهُمَا لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَلَوْ صَامَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ أَجْزَأَهُ عَنْ قَضَاءِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَعَلَى هَذَا لَوْ أَعْتَقَ رَقَبَةً وَاحِدَةً عَنْ كَفَارَتَيْنِ كَانَ لَهُ جَعْلُ ذَلِكَ عَنْ أَحَدِهِمَا.

قال: (وَإِطْعَامُ كُلِّ مِنْ عَشْرَةِ صَاعًا عَنْ كَفَارَتَيْنِ فَجَعَلُهُ عَنْهُمَا وَهُمَا عَنْ أَحَدِهِمَا).

هَذِهِ مَعْطُوفَةٌ عَلَى مَا قَبْلَهَا، أَي: وَاعْتَبَرْنَا (إِطْعَامُ كُلِّ مِنْ عَشْرَةٍ) رَجُلٌ عَلَيْهِ كَفَارَتَا يَمِينٍ فَاطْعَمَ عَنْهُمَا عَشْرَةَ مَسَاكِينَ كُلُّ وَاحِدٍ صَاعًا مِنَ الْحِنْطَةِ، أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ^(١).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٢) وَأَبُو يُوسُفَ^(٢) رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَجْزَأَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا^(٢). وَلَهُ: أَنَّ يَجْعَلَ عَنْ أَيْتِهِمَا شَاءً.

قال زفر^(٢) رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجْزِيهِ عَنْهُمَا وَلَا عَنْ أَحَدِهِمَا لَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ١٠/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٣/٢٠٢.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٤٨، و«المبسوط» ١٠/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٣/٢٠٢.

ولعاقلي أن يقول: في ذلك نظرٌ من حيث إن زفر^(١) ﷺ في المسألة الأولى بنى كلامه على أنه أعتق عن كلٍّ منهما نصفَ رقبةٍ، والجمعُ متعذرٌ فلم يخرج عن العهدة، وهنا لا يستقيم ذلك لأنه لما أُطعم عشرة مساكين كلٌّ واحدٍ صاعًا فقد أُطعم عن كلِّ كفارةٍ عشرة مساكين كلٌّ واحد نصفُ صاع، وأنه مجزئٌ إجماعًا^(١)، ويمكن أن يقالَ لما نوى بإطعام صاع لكلِّ فقيرٍ عنهما لم يكن دافعًا عن كلِّ كفارةٍ من كلِّ صاع مؤدى إلى فقيرٍ نصفه إلى كلِّ واحدٍ من المساكين العشرة؛ لأنه دفعَ كلَّ الصاع عنهما، ودفعَ صاعٍ إلى فقيرٍ في يومٍ واحدٍ إطعامَ فقيرٍ واحدٍ، إذ لا تقديرَ في بعض^(٢) الإطعام، وإطعام الواحد لا ينوب عن الاثنين فلم يجزئه عنهما لهذا المعنى، ولا يجزئه عن أحدهما؛ لأنه نواهما جميعًا وهما غير أحدهما ضرورةً أنَّ المجموعَ المركبَ من جزئين غير كلِّ واحدٍ من ذينك الجزئين، ولمحمد^(٣) ﷺ أن ما أذاه صالحٌ لهما، والمحلُّ قابلٌ لصرفهما إليه فيجزئه عنهما كما لو أُطعمَ عن ظهارٍ وإفطارٍ ستين مسكينًا كلٌّ واحدٍ صاعًا من الحنطة، وكما لو أدى على التعاقب وصارَ كفدية الصلاة والصوم، حيث يجوز الجمع دون التفريق حتى إذا أعطى فقيرًا عشرة أمناء من الحنطة عن خمسِ صلواتٍ أو خمسة أيامٍ أجزاءً، ولو أدى إلى فقيرين منوين من الحنطة عن صلاةٍ أو صومٍ يومٍ لا يجزئه، ولهما أن نية الجمع والتعيين لا غية لتصادفها غير محلها؛ لأنَّ

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٥٤-٢٥٥/٣، و«المبسوط» ١٨/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٢٠٢/٣.

(٢) في (أ): (نص).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٤٨/٣، و«المبسوط» ١٨/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٢، و«الاختيار» ٢٠٢/٣.

أَعْتَبَارَ النِّيَّةِ لِلتَّمْيِيزِ بَيْنَ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ لِاخْتِلَافِ الْغُرُصِ فِيهَا بِخِلَافِ الْجَنْسِ الْوَاحِدِ، وَإِذَا لَغَتْ وَالْمُؤْدَى صَالِحٌ لِلْكَفَارَةِ الْوَاحِدَةِ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِنَصْفِ صَاعٍ مِنَ الْبُرِّ / ١٣١ب / يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَإِنَّمَا يَمْنَعُ النِّقْصَانَ فَجَعَلْنَاهُ عَنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَحْتِيَاطًا بِخِلَافِ فِدْيَةِ الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ فَإِنَّهَا مُشْتَبِهَةٌ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا حَقٌّ مَالِيٌّ فَجَازَ فِيهَا الْجَمْعُ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَيَفَارِقُهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا حَلْفٌ عَمَّا لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الصَّلَاةُ وَالصَّيَامُ وَلَمْ يَجْزِ التَّفْرِيقُ أَعْتِبَارًا بِالْأَصْلِ بِخِلَافِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَلَا كَذَلِكَ الْكَفَّارَاتِ لِأَنَّ كَلًّا مِنْهَا إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ، وَمَا أَتَى بِهِ لَا يَزِيدُ عَلَى إِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ، وَمَا أَتَى بِهِ لَا يَزِيدُ عَلَى (إِطْعَامِ)^(١) عَشْرَةِ مَسَاكِينَ، إِذِ النِّيَّةُ لَغَوٌ لَا أَعْتَبَارَ لَهَا^(٢).

قال: (ولو أمره بإعتاقه عنه على كذا جعلناه عن الأمر وإن لم يذكر البدل يجعله عنه، وقالوا: عن المأمور) هاتان مسألتان:

أولهما: إذا قال له أعتق عبدك هذا أعني: بألف درهم على فأعتقه جاز عن الأمر ويلزمه الألف، وقال زفر رحمته الله^(٣): (يقع العتق)^(٤) عن المأمور، والولاء له؛ لأنه هو المعتق وهذا الأمر غير مفيد لأن إعتاق الرجل ملك

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ١٠/ ٧، و«الهداية» ٣٠٢/ ٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٧، و«إيثار الإنصاف» ص ٣٧٨-٣٧٩، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٨٣-٢٨٥.

(٤) في (ب): (يعتق العبد).

نفسه عن غيره محالٌ إذ لا عتق في غير المملوك ولا يجوز إضمار التملك ههنا فإن الإضمار لتصحيح المذكور، ولو صرح بالتملك ههنا لكان مبطلاً للكلام لا مصححاً، فإنه حينئذ يكون معتقاً عن الأمر عبد الأمر لا عبد نفسه، وهو إنما صرح بقوله: أعتق عبدك.

ولنا^(١): أن تصحيح تصرف العاقل واجب ما أمكن، ووجه التصحيح أن المعنى: ملكتني عبدك بألف وأعتقه عني وهذا جائز؛ لأن الملك بشرط العتق، والتمليك سبب الملك فيصير التملك كالمذكور بذكر العتق المستلزم للملك كمن نذر أن يصلي تلزمه الطهارة، أو يعتكف يلزمه الصوم ويصير كالمذكور، ولو قال: بعتك هذا العبد بكذا فقال المشتري: فهو حر. عتق على المشتري ويصير القبول ثابتاً مقتضى قوله: فهو حر، ومراده بقوله عبدك هذا العبد، وأمّا هذه الإضافة لتعريف في الحال لا إضافة الملك^(١).

المسألة الثانية: إذا لم يذكر البدل فقال: أعتق عبدك عني فأعتقه عتق عن المأمور عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله، وقال أبو يوسف^(٢) كقوله: يقع العتق عن الأمر والولاء له؛ لأنه أستوهبه إياه في ضمن أمره بإعتاقه عنه، والمأمور وهبة إياه في ضمن إعتاقه عنه فوقع الأمر كما لو ذكر للبدل، فإن البيع والقبول يكون ثابتاً ضمناً، والقبض المشروط في الهبة لثبوت الملك بها شرط في الهبة المقصودة دون الضمنية؛ لأن

(١) «المبسوط» ١٠/٧، و«إيثار الإنصاف» ص ٣٧٨-٣٧٩، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٨٣-٢٨٥.

(٢) «المبسوط» ١١/٧، و«إيثار الإنصاف» ص ٣٧٧-٣٧٨، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٨٦-٢٨٥.

هذه الهبة ثابتة في ضمن الاعتاق، والقبض ليس شرطاً فيه فلا يكون (شرطاً) ^(١) فيما يضمنه، وصار كقوله: أطعم عن كفارة يميني عشرة مساكين ولم يذكر القبض فإنه يقع عن الأمر إجماعاً، ولهما أن الهبة المقدرة معتبرة بالمحققة ولو أستوهبته منه حقيقة فوهبه إياه ثم أمره بإعتاقه عنه فأعتقه وقع عن المأمور إجماعاً، فكذا الهبة شرط الضمنية؛ وهذا لأن القبض في الهبة زوال ملك الواهب، وثبوت ملك الموهوب له مطلقاً بالنص، والهبة لا تفيد الملك بدونه ولم يوجد فلم يحصل الملك فاستحال العتق عنه؛ إذا لعتق مستلزم وجود الملك، فإذا أعتقه عن الأمر وهو ليس بملك الأمر تعين أن يقع عن المأمور؛ لأن ملكه باقٍ فيه بخلاف ما لو ذكر البدل إذ البيع الضمني معتبر بالقصدي، ولو قال: اشتريته منك فأعتقه عنى فأعتقه صح عن الأمر، وأما إطعام عشرة مساكين فإن الفقير ثابت في القبض أولاً، ثم يصير قابضاً عن الكفارة، وأمّا العبد فلا يصلح نائباً عن الأمر في قبض نفسه، فإنه في ملك المولى ويده فلا تظهر يده على نفسه مع ظهور يد المولى، ولا المولى يصلح نائباً عنه في القبض أيضاً، على أن القبض فعلٌ حسيّ فلا يصح أن يقدر في ضمن الاعتاق الذي هو تصرف شرعيّ بخلاف البيع فإنه تصرف شرعيّ، فجاز أن يضمن تصرفاً آخر شرعياً ^(٢).

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «المبسوط» ١١/٧، و«إثارة الإنصاف» ص ٣٧٧-٣٧٨، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٨٥-٢٨٦.

قال: (فإن لم يجد أحدها صام ثلاثة أيام ونشترط متابعتها).

هذا متعلق بقوله (أو أطعمهم كالفطرة) وأقحم هذه المسائل؛ لكونها من فروع الإطعام والإعتاق، ثم إذا لم يجد المكفر رقبة يعتقها ولا ما يطعم عشرة مساكين أو يكسوهم فإنه يصوم ثلاثة أيام لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] والتتابع فيها شرط^(١).

وقال الشافعي رحمه الله: ليس بشرط لإطلاق النص، وإن كان من أصله أن المطلق يحمل على المقيد إلا أن النصوص تعارضت في التقييد فلم يمكن تقييد هذا الإطلاق ببعضها ترجيحاً من غير مرجح، فإن الصيام في كفارة الظهار منصوص على التتابع فيه وفي صوم المتعة في الحج منصوص على التفريق فتعذر الحمل عليهما أو على أحدهما فتعين العمل بالإطلاق.

ولنا^(١): قراءة ابن مسعود رضي الله عنه (فصيام ثلاثة أيام متتابعات)^(٢) وهي كالخبر المشهور الذي يزاؤ بمثله على الكتاب ١١٣/ وأما صوم المتعة صوم مضاف وجوبه إلى وقت معين، فلا يكون واجباً قبله، لا يشترط التتابع ولا التفرق. ألا ترى أنه لو نوى الإقامة بمكة سقط عنه صوم السبعة، وإثبات الخلاف فيه من الزوائد^(١).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٧، و«تبيين الحقائق» ١١٣/٣، و«البحر الرائق» ٣١٥/٤، و«اللباب» ٨/٤.

(٢) قال في «الإرواء»: الحديث أو القراءة ثابت عن هؤلاء الصحابة ابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء ٨/٢٠٤ حديث ٢٥٧٨.

قال: (ونعتبرُ الوجدانَ وعدمَه وقتَ الأداء^(١) لا^(٢) الوجوب).

الواجد يكفّرُ بالمال، وغيرُ الواجد يكفّرُ بالصيام، والمعتبرُ في ذلك^(٣) وقتُ الأداء.

وقال الشافعي^(٤): وقتُ الحنث الذي (به)^(٥) يثبت الوجوب، والأداء يجب على حسب الواجب فصار كالعبد إذا زنى ثم أُعتِق فإنه يقام عليه حدُّ العبيد.

ولنا^(٦): أنَّ المعتبرَ وقتُ الأداء. فإنَّ التكفيرَ بالصوم بدلٌ عن التكفير بالمال، ألا ترى أنه لا يُشرعُ مع القدرة عليه، ولا يجوز أداء البدل إلا عند العجز عن أداء الأصل على مثال التيمم مع الوضوء، بخلاف الحد؛ لأنَّ حدَّ العبيد ليس بدلاً عن حدِّ الأحرار؛ لجواز المصير إليه مع القدرة على إقامة حدِّ الأحرار.

قال: (ولا نجيز التكفير بالمال قبل الحنث).

إذا كفّر عن يمينه بالمال قبل أن يحنث فيها لا يجوز^(٧).

وقال الشافعي رحمته الله^(٨): يجوز؛ لأنه أتى بها بعد انعقاد سببها فأجزأت عنه، كما إذا صلّى أول الوقت عند من تعلق الوجوب بآخره، وكتعجيل

(١) في (ب): (وقت).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «الأم» ٦/٢٩١، و«التنبيه» ص ١٩٩، و«حلية العلماء» ٧/٣٠٥-٣٠٦، و«روضة الطالبين» ٨/١٧.

(٤) من (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٧، و«المبسوط» ٨/١٤٧-١٤٨، و«فتح القدير» ٥/٨٢، و«اللباب» ٤/٨.

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٤٦-٢٤٧، و«المبسوط» ٨/١٤٧، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٧٩-٢٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/١١٣، و«درر الحكام» ٢/٤٢.

الزكاة بعد ملك النصاب قبل الحَوْل، وهذا لأنَّ اليمينَ سببٌ لوجوب الكفارة بدليل إضافة الكفارة إليها، وهو دليلُ السببية كزكاة المال وحج البيت. قال تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فصار كالتكفير بعد الجرح قبل الموت.

ولنا: أنه أداها قبل انعقاد سببها فلم تجز عنه؛ وهذا لأنَّ اليمينَ المنقوضة بالحنث هي السبب لا مطلق اليمين؛ لأنَّ الكفارة شرعت ساترةً وطهرةً لجناية هتك حرمة الأسم، وقيل: النقض ليس فيها جنايةً بوجهٍ ولا كفارةً بدون ما هو جنايةً من وجهٍ، فإذا أنقضت بالحنث صارت جنايةً من وجه فترتب عليها الكفارة، وهذا تكفيرٌ قبل الجناية فلم يصح، وتدُلُّ عليه قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: (كفارة أيمانكم إذا حنثتم). بخلاف ما أستشهد به؛ لأنه تكفيرٌ بعد وجوب سبب الوجوب؛ لأنَّ سبب وجوب الكفارة عليه فعله، والجرح المفضي إلى الموت غالباً فعله، بخلاف مطلق اليمين فإنها ليست بسبب؛ لعدم كونها جنايةً من وجه^(١).

قال: (ولا نوجبُ بيمينِ (الكافرِ)^(٢) كفارةً).

إذا حلفَ الكافرُ بالله فهي يمينٌ صحيحةٌ عند الشافعي رحمته الله^(٣)، وإذا حنثَ فيها تجبُ عليه الكفارةُ بالمالِ دون الصوم؛ لأنَّ الكفارةَ وجبت لما تحقَّق من الهتك، والكافرُ أهلٌ للمؤاخذات، وما هو المقصودُ من

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٤٦-٢٤٧، و«المبسوط» ١٤٧/٨، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٧٩-٢٨١، و«تبيين الحقائق» ١١٣/٣، و«درر الحكام» ٤٢/٢، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٧٩-٢٨١.

(٢) في (أ): (الكفار).

(٣) «التنبيه» ص ١٩٩، و«روضة الطالبين» ٢٢/٨.

التكفير وهو دفعُ الهتك ممكن في حقِّه بإيجاب ما يصح منه إيقاعه وهو الإعتاق والإطعام والكسوة دون ما لا يصح شرعاً وهو الصوم؛ وهذا لأن الإعتاق ليس بعبادة وضْعاً، بل هو إسقاطُ مالية، وما تضمنه من معنى العبادة يقبل الفصل عنه، بخلاف الصوم.

ولنا^(١): أن الكفارة قربةٌ، والكافر ليس من أهل القربات. أما الصوم فظاهرٌ، وأما الإعتاق (وأخواه)^(٢) فمعنى العبادة ظاهر فيها بدليل أن الصوم الذي هو خلف عنه عبادةٌ، والخلف يؤدي مؤدى الأصل، ومعناه أنه قابل للفصل.

قلنا: ولكن معنى التكفير إنما يحصل بما تضمنه من معنى العبادة، إذ لولا ذلك لما تأدى التكفير بالصوم؛ وهذا لأن معنى التكفير تغطيةُ الذنب وسُتره، وذلك بواسطة ثواب الطاعة (والعبادة)^(٣) المؤداة؛ ليكون الإتيان بها ماحياً لتلك السيئة. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِفَاتِ﴾ [هود: ١١٤].

قوله: مؤاخذه. قلنا: سميت بذلك نظراً إلى السبب لا إلى ذاتها، فإن العبادة منها ما شرع ابتلاءً ابتداءً، ومنها ما شرع ليكون ماحياً لذنْبٍ، فالثاني تصدق عليه العبادة باعتبار الذات والمؤاخذه باعتبار السبب، وذلك لا ينافي وقوع التكفير بما تضمنه من معنى العبادة والقربة^(١).

(١) «المبسوط» ١٤٦/٨، و«بدائع الصنائع» ١٩/٣-٢٠، و«الهداية» ٣٥٨-٣٥٩/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٤٢/١، و«اللباب» ٩/٤.

(٢) في (ب): (وأخواته).

(٣) في (ب): (والعبادات).

قال: (ويستوي العاقد والناسي والمكره في اليمين، وفي فعل المحلوف عليه).

إذا قصد اليمين أو أكره عليها أو نسيها وجبت الكفارة بالحنث؛ لقوله ﷺ: «ثَلَاثُ جَدُّهِنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ: النِكَاحُ وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ»^(١).

وصورة الناسي في اليمين: أن يحلف أن لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف، فكونه ناسياً لا يمنع انعقاد اليمين الثانية، فهذه اليمين محلوف عليها بالنسبة إلى اليمين الأولى وهي في ذاتها يمين، فبمجرد اليمين الثانية صار جانياً في الأولى فتجب الكفارة، ثم إذا باشر المحلوف عليه في اليمين الثانية يحنث ثانية، فتجب كفارة أخرى، وكذلك المحلوف عليه إذا فعله مكرهاً أو فعله ناسياً فهو سواء؛ لأن الفعل الحقيقي لا يصير بالإكراه معدوماً، فالشرط هو الفعل. وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتتحقق الشرط حقيقة، وإن كان شرعية الكفارة للطهارة عن الذنب، ولا إثم على الناسي / ١٣٣ ب/ والمكره إلا أن الحكم ههنا أدير على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب^(٢).

قال: (ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنائم). وهذه زوائد، ودليل ذلك مر في الطلاق^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٥٥-٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٧-٢٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٤-٣٠٥.

(٣) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٩-٢٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٢.

فصل فيما يكون يمينًا وفيما لا يكون

قال: (ويحلف بالله تعالى وبأسمائه بحروف القسم: الواو والتاء والباء، وقد تُضمَرُ فتُنصبُ الأسمَ وتُخفَضُ، وبصفات ذاته إلا العلم، ولو حلف بغير ذلك لم يكن يمينًا).

حروف القسم: الواو، والباء، والتاء، ورد بها القرآن المجيد، (كقوله تعالى^(١)): ﴿وَاللَّهُ رَئِيًّا﴾ [الأنعام: ٢٣]. ﴿وَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٥٦]. وكقوله ﴿ثُمَّ نَالَهُ لَقَدْ أَرْسَلْنَا﴾ [النحل: ٦٣].

واللامُ تبدل من الباءِ فلو حلف فقال: لله. كان يمينًا في المختار. قال الله تعالى: ﴿ءَامَنْتُمْ بِهِ﴾ [البقرة: ٣٧] و﴿ءَامَنْتُمْ لَهُ﴾ [طه: ٧١] وبين اللام الدالة على الاختصاص، والباء الدالة على الإلصاق من المناسبة ما سوغ وقوع (الكلام)^(٢) موقعها، والأصلُ أنَّ حرف (اللام)^(٣) موضوعة للإلصاق، والواو بدل عن التاء لما في الواو من (معنى)^(٤) الجمع الذي يلزم الإلصاق، والتاء بدلٌ من الواو كقولهم: تراث وتجاه. ولأصالة الباء في هذا البابِ دخلت على أسم الله تعالى وسائر أسمائه في الكنايات كقولك: لأفعلن. ولكون الواو بدلًا منها أختصت بالأسماء الصريحة دون الكناية، وكون التاء بدلًا عن البدل أختصت باسم الله وحده، ولا تدخل سائر الأسماء ولا على الكناية. وهذه

(١) من (ب).

(٢) في (ب) و(ج): (اللام).

(٣) في (ب) و(ج): (الباء).

(٤) من (ب).

الحروف تذكر ظاهرة، وقد تكون مضمرة، وزاد تنبيهًا على ذلك أن لك في الاسم النصب على إسقاط الخافض، والجر على حاله؛ ليكون دالا على المراد، والنبِيُّ ﷺ حَلَفَ الذي طَلَّقَ أمْرأته البتة: «آله ما أردت بالبتة إِلَّا الواحدة؟»^(١).

والحذف سائغ في العربية تخفيفاً^(٢).

والحلف في الإثبات: والله لقد فعلتُ، ولأفعلنَ كذا - باللام و بالنون - حتى لو قال: والله لأفعلنَ كذا اليوم. من غير تأكيد فلم يفعله لم تلزمه كفارة؛ لاختصاص الحلف في الإثبات بالتأكيد لغة^(٣).

والحلف في النفي: والله ما فعلتُ كذا ولا أفعلنَ كذا، وإنما كان الحلف بالله تعالى دون غيره؛ لقوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو لينذر»^(٤)؛ ولأن تعظيم اسمه^(٥) تبارك وتعالى فرضٌ، وهتكه معصيةٌ، والحلف بأسمائه كالرحمن والرحيم منعقداً نظراً إلى العرف، وهل يحتاج الحالف بها إلى النية؟ قيل: يحتاج إليها فيما ينطلق على غيره تعالى كالحكيم والحليم والعليم، فتكون النية مميزةً.

(١) رواه أبو داود (٢٢٠٨)، والترمذي (١١٧٧)، وابن ماجه (٢٠٥١)، وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٠٦٣).

(٢) «الهداية» ٣٥٦/٢، و«الاختيار» ٢٧٨/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٤٢/١-٥٤٣، و«اللباب» ٥٤٢/١-٥٤٣.

(٣) «مختصر أختلاف العلماء» ٢٤٣/٣، و«المبسوط» ١٣١/٨، و«الاختيار» ٢٧٩/٤، و«البحر الرائق» ٣٠٥/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٧٢٣-٧٢٥.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في (ب): (اسم ربه).

وقيل: لا يحتاج إلى النية (في الحلف بجميع أسمائه؛ لأنَّ الحلف بغير الله تعالى لا يكون، والظاهرُ من الحالف أنه قصد يمينًا)^(١) صحيحة فتحمل عليه، فيكون حالفًا إلا أن ينوي غير الله تعالى؛ لأنه نوى محتمل كلامه^(٢). وعن محمد^(٣) رحمته الله: وأمانة الله تعالى يمينٌ. وسئل عن معناه، فقال: لا أدري. وكأنه وجد العرب يحلفون بذلك عادةً فجعله يمينًا. وعن أبي يوسف^(٣) رحمته الله: ليس بيمينٍ؛ لاحتمال أنه أراد الفرائض. ذكره الطحاوي^(٤).

واليمينُ منعقدٌ بصفة من صفات ذاته، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزة الله وجلاله وكبريائه؛ لأن اليمين بها متعارفٌ، ولأن معنى اليمين وهو الحملُ على الفعل أو المنع منه^(٥) بواسطة اعتقاد تعظيم اسم الله تعالى وصفاته حاصلٌ، فصلح ذكره يمينًا^(٦).

وإنما اعتبرنا العرف في الصفة؛ لأن الصفة تذكر (ويراد نفسها، وتذكر)^(٧) ويراد أثرها فإذا تُعورِفَ الحلفُ بها تعينت إرادة نفس الصفة دون أثرها. أمَّا اسمُ الله تعالى فلا احتمال فيه غير ما يدل عليه فلم يعتبر

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/١٣-١٤، و«الاختيار» ٤/٢٧٩، و«مجمع الأنهر» ١/٥٤٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣/٧١٥-٧١٦.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٤٠، و«مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦، و«المبسوط» ٨/١٣٣، و«فتح القدير» ٥/٧١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦.

(٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ٨/١٣٢-١٣٣، و«الهداية» ٦/٣٥٦، و«الاختيار» ٤/٢٧٩، و«اللباب» ٤/٥.

(٧) من (ب) و(ج).

فيه العرف. ثم الصفات منها صفات الذات ومنها صفات الفعل، فما وصف به تعالى ولم يجز أن يوصف بضده فهو صفة ذات كالقدرة والعزة والعلم والعظمة والحياة والسمع والبصر، وما يوصف به وبضده فهو من صفات الفعل كالرحمة والرفاة والسخط والغضب، فما كان من صفات الذات إذا حلف به كان يمينًا؛ لأن صفاته (تعالى كانت) ^(١) قديمة فما وقع (به) ^(٢) التعارف منها في الأيمان صار ملحقة بالاسم والذات فيكون يمينًا؛ (ولهذا استثنى العلم؛ لأنه لم يقع التعارف بالحلف به، حتى قال عامة مشايخنا: لا يكون يمينًا) ^(٣) وإن نواه لعدم التعارف ^(٤).

وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله: يكون يمينًا كغيره من الصفات؛ ولأن ذكر صفات الذات، كذكر الذات، فإن قوله: وقدرة الله تعالى كقوله: والله القادر. وهذا هو القياس في العلم؛ لأنه من صفات الذات إلا أن العادة جارية بأن يذكر العلم ويراد المعلوم، ومعلوم الله تعالى غيره، ولقائل أن يقول: إن الحالف بقدرة الله حالف مع أن القدرة تذكر ويراد بها المقدور، يقال: أنظر إلى قدرة الله ^(٥).

والجواب: أن القرينة هي الصارفة للفظ عن دلالة على حقيقة الوصف، وهو قوله: أنظر إلى قدرة الله تعالى، إذ القدرة لا تُعائِنُ،

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فيه).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «المبسوط» ١٣٣/٨، و«بدائع الصنائع» ١١/٣، و«تبيين الحقائق» ١١٠-١٠٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٠٦-٣٠٧/٤.

(٥) «المبسوط» ١٣٣/٨، و«بدائع الصنائع» ١١/٣، و«تبيين الحقائق» ١١٠-١٠٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٠٦-٣٠٧/٤.

فالمعنى: أنظر إلى أثر قدرة الله تعالى بحذف المضاف، وعند عراء اللفظ عن قرينة صارفة، فإن اللفظ عند الإطلاق ينصرف إلى القدرة التي هي صفة قائمة بذات الله / ١٣٤ / وهي صفة تعورف الحلفُ بها بخلاف العلم فإنه يذكر ويراد (به) ^(١) المعلوم من غير قرينة صارفة مع عدم التعارف، والمعلوم غير العلم، والحلف بغير الله تعالى وصفاته لا يجوز ^(٢)، وقد قال (العلامة) ^(١) النسفي رحمته الله: إن التخصيص بصفات الذات غير مستقيم على مذهب أهل الحق، فإن الصفات كلها قديمة (قائمة) ^(٣) بذاته تعالى، والصحيح ما قاله محمد ^(٤) رحمته الله إن هذه الأشياء تذكر ويراد بها غير الصفة، فلهذا لم يصر حالفًا بالشك، فإن الرحمة تذكر ويراد بها المطرُ والنعمة، وتذكر ويراد بها الجنة قال تعالى: ﴿فَفِي رَحْمَةِ اللَّهِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [ال عمران: ١٠٧] والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار، والرضا يراد به ما يقع من النعيم في الجنة، فصار حالفًا بغير الله تعالى من هذا الوجه، ثم الحلف بغير ذلك ليس بيمين - أعني: بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته - وهذا كما إذا حلف بالكعبة أو بالنبِيِّ ﷺ؛ لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر». ولأنَّ اليمين إنما أختصَّ باسم الله تعالى وصفاته وأسمائه؛ تعظيمًا له تعالى، فلا ينبغي أن يحلف بغير الله، تحرزًا عن شبهة الشرك ^(٥).

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٣٥٦/٢، و«الاختيار» ٢٨٠/٤، و«درر الحكام» ٤٠/٢، و«اللباب» ٥/٤.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦، و«المبسوط» ١٣٣-١٣٥، و«الهداية» ٣٥٦/٢،

و«الاختيار» ٢٧٩-٢٨٠.

(٥) في (ج): (الإشراك).

وعلى هذا إذا حلف بالقرآن؛ لأنَّ الحلفَ به غيرُ متعارفٍ فإنه يذكر ويراد به الصفةُ القائمةُ (بذاته)^(١)، ويذكر ويراد ما يدلُّ على الصفة القائمة لا بذاته تعالى ولا عرف بعين الصفة، فكان متردداً في نفسه فلا ينعقد به اليمينُ، أمَّا لو حلف فقال: وكلام الله تعالى القديم، أو كلام الله تعالى القائم بذاته ينعقد؛ لارتفاع التردد^(٢).

قال صاحبُ «الهداية»^(٣): ومعنى ذلك أن يقولَ: والنبيِّ، والقرآنِ. أمَّا لو قال: أنا بريءٌ منه يكون يميناً؛ لأنَّ التبرؤَ منهما كفرٌ، وتقرير هذا أن التبرؤَ من النبيِّ والقرآن كفرٌ، فإذا علَّقَ به فعلاً أو تركه فقد أعتقد أنَّ فعلَ ذلك أو تركه واجبٌ، ولا يجوزُ أن يكونَ واجباً لذاته بل واجباً لغيره وهو اليمينُ فكان، كقوله: «والله» فكان يميناً^(٤).

قال: (ولو قال: وحقُّ الله يجعله يميناً).

قال أبو يوسف^(٥) رحمه الله في رواية عنه: إذا حلف فقال: وحقُّ الله لأفعلنَ كذا أنعقد يميناً. وفي روايةٍ أخرى عنه وهو قولُ أبي حنيفة^(٥) ومحمد^(٥) رحمهما الله عنهما: لا ينعقدُ يميناً.

(١) في (ج): (بذات الله تعالى).

(٢) «بدائع الصنائع» ١٦/٣، و«الهداية» ٣٥٦/٢، و«الاختيار» ٢٨٠/٤، و«اللباب» ٥/٤.

(٣) «الهداية» ٣٥٦/٢.

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٢٦٩/٤، و«الهداية» ٣٥٦/٢، و«تبيين الحقائق» ١١١/٣، و«اللباب» ٥/٤.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦، و«المبسوط» ١٣٣/٨-١٣٤، و«بدائع الصنائع» ١٣/٣، و«تبيين الحقائق» ١١١/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٤٦/١.

وجه الأولي: أن الحق من صفاته تعالى الذاتية وهو حقيقة فينزل (منه) ^(١) منزلة قوله: والله الحق، (والحلف بهذا متعارف والإضافة بمنزلته. وجه الأخرى: أن حق الله يذكر ويراد به طاعته، إذ الطاعات حقوقه فتكون حلفاً بغير الله فلا تنعقد بخلاف قوله: والله الحق ^(٢)). إذ أجراه صفة على الأسم مما يقطع هذا لاحتمالاً، ولو قال: والله والحق معرّفاً كان يميناً، لأنه أسم من أسماء الله تعالى، ولو قال حقاً منكرًا لم تنعقد؛ للاحتمال أن يراد به تحقيق (الوعد) ^(٣) ^(٤).

قال: (واليمين بوجه الله ليس يمين ويخالفه).

قال أبو حنيفة ^(٥) رحمته: إذا حلف فقال: ووجه الله لم يكن يميناً. وقال أبو يوسف ^(٦) رحمته: هو يمين؛ لأن وجه الله تعالى ذاتاً، قال تعالى: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾ [القصص: ٨٨]. وله ^(٦): أنه يطلق ولا يراد به الذات ولا الصفة كقولك: فعلت ذلك أبتغي به وجه الله. فإنه لا يراد به الصفة ولا الذات، وإذا أستعمل في غير الذات، والصفة وقع الشك في انعقاد اليمين فلا ينعقد بالشك.

(١) من (ج). (٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٣-١٣٤، و«فتاوى قاضيخان» ٤/ ٢٦٧، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) في (ب): (الوعد).

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«فتاوى قاضيخان» ٤/ ٢٦٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤/ ٢٦٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٠.

قال: (وجعلنا أشهدُ وأقسمُ وأحلفُ أيمانًا، كقوله: أشهد بالله).

إذا قال أشهدُ أو أحلفُ أو أقسمُ من غير أن يقولَ أشهدُ باللهِ أو أقسمُ باللهِ يكون يمينًا^(١) خلافًا لزفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ، وقوله: أشهدُ باللهِ يمينٌ بالإجماع، هكذا نصَّ على الخلاف في «المنظومة»^(٣).

وذكر صاحبُ «إشارات الأسرار» إذا قال: أشهدُ أو أشهدُ باللهِ فهو يمينٌ خلافًا لزفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ، وعُلِّلَ له بأنهما مختلفان، فإن الشهادةَ حجةُ المدعي واليمينُ حجةُ للدفع، فلم تكن الشهادةُ في معنى اليمين، وكذا إذا أكَّد بقوله: باللهِ؛ لأنه تأكيدٌ للشهادة.

ولنا: أنَّ الشهادةَ في عرفِ اللسان تستعمل لليمين، كقول العرب: حدُّ شهادته. أي: يمينه، وفي الشهادة معنى الإيجاب فكان يمينًا، ولزفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ على القول الأول أن المحلوف به عند الإطلاق غير متعين فلا ينعقد اليمين بالشك، فإذا قال: باللهِ. تعين.

ولنا^(٢): أنَّ الحلفَ بغيرِ الله غيرُ مشروع، والظاهرُ أنَّ^(٤) من الحالف إرادة ما هو المشروعُ فينصرفُ عند الإطلاق إليه، وهذه الألفاظُ أيمانٌ قال تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦]، ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لِيَصْرِفُنَّهَا مِنْ صُبْحَيْنَ﴾ [القلم: ١٧]، ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال: ﴿أَتَّخِذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢].

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٥، و«الهداية» ٣٥٧/٢، و«تبيين الحقائق» ١١٠/٣، و«الاختيار» ٢٨٢/٤.

(٢) «مختصر آخلاف العلماء» ٢٣٧-٢٣٨/٣، و«تبيين الحقائق» ١١٠/٣، و«الاختيار» ٢٨٢/٤، و«درر الحكام» ٤٠/٢.

(٣) «المنظومة» لوجه (١٠٦). (٤) في (ج): (له).

قال: (ويجوز بعهد الله وميثاقه وعليّ نذرٌ. ونذرُ الله).

لأنَّ العهدَ يمينٌ. قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ ﴾ [النحل: ٩١]
والميثاقُ عبارةٌ عن العهدِ، وكذا قوله: وعليّ نذر. أو نذرُ الله^(١)؛ لقوله
ﷺ: « من نَذَرَ نَذْرًا ولم يسمِ فعليه كفارةً يمين ».

قال: (أو إن فعل كذا فهو يهودي، أو نصراني، أو كافرٌ،
أو بريءٌ من الله نجعله يمينًا).

قال الشافعي^(٢) ﷺ: إذا قال الرجل: إن فعلتُ كذا فأنا يهودي،
أو نصراني، أو كافرٌ، أو بريءٌ من الله -ولفظ البراءة زائدٌ منقول من
«الوجيز»^(٣)- لم يكن يمينًا ولا يكفر بالإجماع.

وعندنا^(٤): هو يمين يجب بالحنث فيها الكفارة، له أنَّ اليمينَ التي
تجب بها الكفارةٌ منحصرة شرعًا في اليمين بالله أو بما يحلف به من
صفاته وأسمائه عرفًا، والموجود منه ليس يمينًا بالله ولا بشيء من صفاته
فلا تنعقد موجبةً للكفارة. ولنا أنه لما جعل الشرط علمًا على الكفر فقد
أعتقده واجبَ الأمتناع، والامتناع ليس بالذات فوجب أن يكون بواسطة
وقد أمكن جعلُ الوجوبِ باليمين كما نقول في تحريم الحلال فكان

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٥، و«فتح القدير» ٥/ ٧٥-٧٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٥،
و«اللباب» ٧/ ٤.

(٢) «التنبيه» ص ١٩٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٣، و«حلية العلماء» ٦/ ٢٤٦-٢٤٧، و«روضة
الطالبين» ٨/ ٨.

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٢٣.

(٤) «المبسوط» ٨/ ١٣٤، و«الهداية» ٢/ ٣٥٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٨١، و«تبيين الحقائق»
٣/ ١١٠-١١١.

يمينًا، وقد روى ابن عباس رضي الله عنه : من حلف باليهودية والنصرانية فهو يمينٌ، ولو كان قال ذلك لشيء قد فعله في الماضي فهو الغموسُ. وهل يكفر؟ قيل: لا يكفر، اعتبارًا للماضي بالمستقبل، وقيل: يكفر؛ لأنه تنجيز معنى فصار كما نجز فقال: هو يهودي.

قال صاحبُ «الهداية»^(١): والصحيحُ أنَّه لا يكفرُ فيهما إن كان يعلم أنه يمينٌ، وإن كان عنده أنه يكفرُ بالحنث يكفرُ فيهما؛ لأنه رضي بالكفر حين أقدم على الفعل.

قال: (أو فعلية غضبُ الله، أو هو زانٍ، أو شاربُ خمرٍ، أو سارقٌ، أو آكلُ ربا، فليس بحالف).

لأنَّ قوله: (فعلية غضبُ الله) دعاءٌ على نفسه، والدعاء لا يتعلق بالشرط؛ لأنَّ الشرط ماله أثرٌ في وجودِ (الجزاء عند وجوده؛ لتعلقه به، ولا أثر لوجودِ الشرط مع عدم المعصية في وجود) ^(٢) الغضب، ولا لعدم الشرط مع وجودِ المعصية في عدمِ الغضب، فعلم أنَّ الغضبَ من مسبباتِ المعصية لا من مسبباتِ التعليق، وكذلك لا أثرٌ للتعليق في وجودِ هذه الأفعال، فإنَّ وجودها بأسبابٍ أخرى^(٣).

قال: (أو حرَّم على نفسه شيئًا مما يملكه كان يمينًا).

إذا حرَّم على نفسه شيئًا ممَّا يملكه لم يصِر بتحريمه حرامًا، ولكنه يمينٌ، إذا فعل شيئًا ممَّا حرَّمه يكفر يمينه؛ لأنَّ اللفظ صريحٌ في إثباتِ

(١) «الهداية» ٣٥٧/٢.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ١٣٥/٨، و«الهداية» ٣٥٨/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٤٦/١، و«اللباب»

الحرمة، والحرمة لا تثبت لعينها، وقد أمكن إثباتها لغيرها (وهو إثبات^(١)) موجب اليمين فينصرف إليه، فإذا فعل شيئاً مما حرّمه على نفسه قليلاً كان أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة؛ لأنّ التحريم مطلق فيتناول كلّ جزء من أجزائه^(٢)، وهو المعنيّ بقول القدوري^(٣) رحمته الله: (وعليه أن أستباحه كفارة يمين، أطلق الاستباحة وإن لم تكن حراماً على وجه التسامح نظراً إلى اعتقاد الحالف).

قال: (أو قال: كلّ حلالٍ عليّ حرامٌ أنصرف إلى الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك، وقيل يُفتى بوقوع الطلاق به من غير نية).

القياس في هذه المسألة ما ذهب إليه زفر^(٤) رحمته الله وهو الحنث عقيب الفراغ من هذا الكلام؛ لأنّه باشر فعلاً مباحاً له كالتنفس ونحوه فيحنث. والاستحسان هو ما ذهب إليه أصحابنا^(٥)؛ لأنّ المقصود من اليمين إنما هو البرّ، ولا يتحصل إلا^(٥) إذا حُمِلَ اللفظ على عمومه، وعند سقوط اعتبار العموم وجب الحمل على ما هو المتعارف عادة، وهو الطعام والشراب، ولا يتناول المرأة إلا بالنية وإذا نواها كان ذلك إيلاءً، كأنه قال: والله لا أقربك. ولا يُصرف اليمين عن المأكول والمشروب، ونظير ذلك إذا قال: عمرة طالق. وله امرأة معروفة بهذا

(١) في (ج): (وهذا بيان).

(٢) «الهداية» ٣٥٩/٢، و«الاختيار» ٢٨٣/٤، و«تبيين الحقائق» ١١٤/٣.

(٣) «الكتاب» ٩/٤.

(٤) «الهداية» ٣٥٩/٢، و«الاختيار» ٢٨٣/٤، و«اللباب» ١٠/٤.

(٥) من (ب).

الأسْم، فقال لي امرأة أخرى أَسْمها عَمْرَة: عَنِيتْهَا بِالْيَمِينِ طُلَقْتَ تِلْكَ بِإِرَادَتِهِ، وَهَذِهِ بظَاهِر لَفْظِهِ، وَكَذَا هُنَا يَدْخُلُ الْمَطْعُومُ وَالْمَشْرُوبُ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ، وَالْمَرَأَةُ بِالنِّيةِ، وَهَكَذَا هُوَ جَوَابُ الرِّوَايَةِ. وَذَكَرَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»^(١) أَنَّ مَشَايِخَنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ (قَالُوا)^(٢): يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ؛ لَغَلْبَةِ الْأَسْتِعْمَالِ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى، فَالْتَنَبِيهِ مِنْ زَوَائِدِ الْكِتَابِ^(٣).

قال: (وَإِذَا أَوْصَلَ يَمِينَهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ (فَلَا حَنْتَ عَلَيْهِ)).

إِذَا حَلَفَ يَمِينٍ وَقَالَ مُتَّصِلًا بِهَا: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْنَتْ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ»^(٤) فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ»^(٥)، يَرِيدُ عَدَمَ الْحَنْثِ؛ لِأَنَّ الْبَرَّ يَتَنَبَّى عَلَى أَنْعْقَادِ الْيَمِينِ وَلَمْ يَنْعَقِدْ، إِلَّا أَنَّ الْإِيصَالَ بِالْيَمِينِ شَرْطٌ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِثْنَاءَ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنِ الْيَمِينِ رَجُوعٌ، وَالرَّجُوعُ فِي التَّصَرُّفَاتِ اللَّازِمَةِ غَيْرُ مَقْبُولٍ^(٦).

قال: (وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا لَزَمَهُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَالصَّحِيحُ فِي

الْمَعْلُوقِ^(٧) بِشَرْطِ لَا يَرَادُ لَزُومُ الْكَفَّارَةِ، وَفِي الْمَرَادِ الْإِيْفَاءُ،

(١) «الهداية» ٣٥٩/٢.

(٢) في (ج): (فالواجب).

(٣) «الهداية» ٣٥٩/٢، و«الاختيار» ٢٨٣/٤، و«البحر الرائق» ٣١٨/٤، و«درر الحكام» ٤٣-٤٢/٢.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣٠١/٣: غريب بهذا اللفظ. اهـ ورواه الترمذي (١٥٣١) بلفظ: «فلا حنث عليه».

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٨، و«المبسوط» ١٤٣/٨، و«البحر الرائق» ٣٢٢/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٤٨/١.

(٧) في (ب): (المطلق).

ووافقه).

إذا نذر نذرًا مطلقًا - أي: غير معلق بشرط - كما إذا قال: الله عليّ كذا. يلزمه الوفاء بما سمّاه؛ ولقوله ﷺ: «من نذر نذرًا وسمّى فعله الوفاء بما سمّى»^(١)، وإن علّق النذر بشرط، فوجد ذلك الشرط، روي عن أبي حنيفة^(٢) رحمه الله أنه يجب، وعليه الوفاء بنفس النذر، لإطلاق ما روينا أنه يشمل المعلق والمنجز، ولأنّ المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط.

وروي أن الإمام^(٤) ﷺ: رجع عن هذا في آخر حياته، فقال: إذا قال: إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه. أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهذا قول محمد^(٤) ﷺ، ولو وفى بما سمّاه أجزأه، وهذا إذا كان الشرط غير مرادٍ للحالف، كقوله: إن كلمتُ زيدًا فله عليّ كذا وكذا؛ لأنّ في ذلك معنى اليمين، وهو المنع، وهو بظاهر اللفظ نذر، فيتخير بين أن يفى بما سمّاه وبين أن يكفرَ اعتبارًا للمعنى.

أما إذا كان الشرط مرادًا، كقوله: إن شفى الله مريضى فله عليّ كذا. فإن الوفاء لازم؛ لخلو ذلك عن معنى اليمين وهو المنع. قال صاحب «الهداية»^(٣): وهذا التفصيل هو الصحيح، وقد اخترته للفتوى. وهو من الزوائد.

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٠٠: غريب. ثم ذكر أحاديث في وجوب الوفاء بالنذر.

(٢) «المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٨-٣٠٩، و«فتح القدير» ٥/ ٩١-٩٣، و«اللباب» ٤/ ١٠.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٦٠.

وصاحب «المنظومة»^(١) رحمه الله أقام الخلاف مع الشافعي^(٢) رحمه الله في المسألة، وما هو مذهب الشافعي^(٢) رحمه الله هو الصحيح من مذهبنا، فتركت نصب الخلاف معه فيه.

وللشافعي^(٢) رحمه الله في المسألة أقوال ذكرها صاحب «الوجيز»^(٣)؛ فقال: لو قال: إن فعلت كذا فله علي صوم أو صلاة لزمه الوفاء به على قول، كما لو قال: إن شفى الله مريض، أو ذكر عند حصول نعمة أو دفع بليّة. وعلى قول: يلزمه كفارة يمين؛ لأن مقصوده المنع، ويجزي في كل ما يقصد امتناعه. وعلى قول: يتخير بين الوفاء والكفارة. وهذه كلها أقوال أصحابنا رحمهم الله.

قال: (وقوله لله عليّ المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام غير ملزم شيئاً، والزماء حجة أو عمرة).

قال أبو حنيفة^(٤) رحمه الله: إذا قال: لله عليّ المشي إلى الحرم، أو قال: إلى المسجد الحرام لم يلزمه شيء.

وقال^(٥): تلزمه حجة أو عمرة، كما إذا قال: عليّ المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة، أو إلى مكة، أو عليّ زيارة بيت الله ماشياً، حيث

(١) المنظومة لوجه (١٠٦).

(٢) «الأم» ٦/ ٢٩٧، و«التنبية» ص ٨٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٤، و«غاية البيان» ص ٣٢١-٣٢٢.

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٢٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣-٣١٤، و«المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الهداية» ٢/ ٣٧٥-٣٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٧-٣٠٨، و«المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الهداية» ٢/ ٣٧٥-٣٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٨.

تلزمه حجة أو عمره ماشياً، وإن شاء ركب وأراق دمًا؛ لأن هذه العبادات صارت كنياتٍ عن التزام الإحرام بحكم العرف، فكذا الحكم في المتنازع؛ لعدم الفرق بين الفصلين.

وله: أن القياس مما يأتي إلزامه بشيء في العبادات كلها؛ لأنه ليس فيها ما ينبئ عن التزام الإحرام صريحاً، لكننا استحسنّا في كل لفظٍ تعورف فيه التزام الإحرام به، فقلنا بلزومه نظراً إلى العرف، وعملنا بالقياس فيما لا تعارف فيه من الألفاظ، كما لو قال: لله عليّ المشي إلى الصفا والمروة، أو قال: عليّ الذهاب إلى بيت الله، أو عليّ إتيان بيت الله، أو الخروج إلى بيت الله. فكذا الكلام في المتنازع فيه^(١).

قال: (أو إن لم أحج العام فعبدي حرٌّ فادّعي الحجّ، وبرهن العبدُ عليّ أنه ضحى بالكوفة أفني بعته).

رجلٌ قال: إن لم أحج العام فعبدي حرٌّ. ثم ادّعى أنه حج (وادعى العبد أنه ما حج)^(٢) العام، وأقام العبدُ البيّنة عليّ أنه ضحى العام بالكوفة. قال محمد^(٣) رحمته الله: يعتق العبدُ.

وقال^(٣): لا يعتق.

له: أنها بيّنة قامت على الإثبات معنًى ولفظاً، أما معنًى: فلأن المقصود هو إثبات العتق. وأما لفظاً: فلأنها قامت على التضحية بالكوفة ومن ضرورته عدم حجه العام، فيتحقق شرط العتق.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٤، و«فتح القدير» ١٨٢/٥، و«تبين الحقائق» ١٥٣/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٧٨/١، و«البحر الرائق» ٣٨٦/٤.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «الهداية» ٣٧٦/٢، و«تبين الحقائق» ١٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٣٨٦/٤.

ولهما: أنه شهادة فلا تقبل؛ لأنَّ الشهادة على إثباتِ التضحية بالكوفة غيرُ مقبولة؛ لأنَّ التضحية بها لا مطالب لها فلا تدخل تحت الحكم، فكانت شهادة على عدم الحجِّ، ولو شهد أنه لم يحج العام لم تقبل، فكذا هذا. فإن قيل: إنما لا تقبل هذه الشهادة على النفي؛ لأنه لا علم للشاهد به حتى لو قامت^(١) بما يحيط الشاهد به علمًا قبلت، يدلُّ على ذلك مسألة السير، وهي ما إذا شهد شاهدان على رجلٍ: إنا سمعناه يقول: المسيح ابن الله، ولم يقل: قالت النصارى متصلاً به سابقاً عليه. وقد بانَت منه أمرأته، وأنكر الرجل. قبلت هذه الشهادة وهي على النفي؛ لمكان إحاطة علم الشاهد به.

قلنا: تعارض ههنا دليلان، وذلك أنَّ من الأحكام ما يدار فيه الحكم على الأسباب الدالة على المعاني المؤثرة، وهذه الجهة نافية القبول ههنا، ومنها ما يعتبر فيها في حقِّ بناء الأحكام حقائق المعاني المؤثرة لانفس الأسباب، وهذه الجهة موجبة للقبول ههنا، إذ هو مما يحيط به علمُ الشاهد كما في قوله: إن أجبتني فأنت طالق وفلانة معك. فإنَّ صاحب الشرع اعتبر الصفة^(٢) الدالة على المحبة في حقِّ نفسها، واعتبر حقيقة المحبة في حقِّ الضرة، ولكلٍّ من الأصلين نظائر، فنقول في مسألة السير المتعلق بالشهادة الحرمة، فرجحنا الجهة الموجبة للقبول، فاعتبرنا حقيقة المعنى أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة. وفي مسألتنا المتعلق^(٣) بالشهادة زوال ملك العبد المحتاج إلى ملكه، فرجحنا فيه الجهة النافية

(١) في (ج): (أقامت).

(٢) في (ج): (الصيغة).

(٣) في (ج): (التعليق).

للقبول على الموجبة إمّا دفعًا لحاجة المالك أو لأنّ اليقين لا يزال بالشك، أو لأنّ الجهتين تساقطا بالمعارض^(١)، فبقي الملك الثابت للعبد قبل ذلك^(٢).

قال: (أو ما أملكه غداً حرّ يخصه ما يحدث فيه لا مطلقاً).

رجلٌ قال: كلُّ مملوك أملكه غداً فهو حرّ يتناول ما سيحدث الملك فيه غداً دون غيره عند أبي يوسف^(٣).

وعند محمد^(٣) رحمته الله: يُعتق / ١٣٤ب/ من كان في ملكه في الحال من العبيد، وما يحدث له ملكه في يومه وليلته الثالثة ليومه وغده.

ولأبي يوسف^(٣) رحمته الله أن أفعل يستعمل إمّا للحال وإمّا للاستقبال ولا يستعمل فيهما معاً، وقد قرن به ههنا ما يدلُّ على الاستقبال، وهو قوله: (غداً). فتعين الاستقبال مراداً فيعتق^(٤) ما يحدث ملكه في الغد كما لو قال: ما أملكه بعد غدٍ أو ما سأملكه غداً.

ولمحمد رحمته الله: أن الغد في امتداد المجلس إليه مثل اليوم في قوله كل مملوك أنا مالكة غداً فهو حرّ، ولا فرق بين قولك أنا أملك ألف درهم. وبين قولك: أنا مالك ألف درهم. ولهذا عتق كل مملوك حدث له الملك فيه في بقية اليوم بعد هذه اليمين. وما جعل وقتاً لهذه اليمين، إذ لو لم يجعل كذلك فلم يخلُ إما إن أريد به الحال وقت اليمين أو الزمان

(١) في (ب): (بالتعارض)، وفي (ج): (بالمعارض).

(٢) «الهداية» ٣٧٦/٢، و«تبين الحقائق» ١٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٣٨٦/٤.

(٣) «الجامع الكبير» ص ٣٥، و«الهداية» ٣٤٦-٣٤٧، و«تبين الحقائق» ١٥٠/٣، و«البحر الرائق» ٣٧١/٤.

(٤) في (ب) و(ج): (فتعين).

المستقبل الآتي بعدها، فإن أُريدَ الأولُ وجب أن لا يعتق ما حدث الملك فيه في بقية اليوم بعدها، وإن أُريدَ الثاني وجب أن لا يعتق ما ملكه^(١) وقت اليمين. ومع ذلك فنحن مجمعون على عتق كليهما، كما أن قوله: (أملك غداً) محمولٌ على معنى قوله: أنا مالكٌ غداً. لأنَّ المجلسَ الذي اعتبره الشرعُ جامعاً للمتفرقات قد يمتدُّ إلى الغد، كما يمتدُّ على آخر اليوم فوجب أن لا يفترق الحالُ فيما يملكه ذلك اليوم وفيما يملكه غداً؛ لأنَّ عتقَ من يحدث الملكُ فيه في اليوم إنما كان لكونه ملحقاً بالحال، باعتبار امتداد المجلس إلى آخر اليوم، وكذا يمتدُّ إلى الغد، فوجب إلحاقه بالحال في حقِّ هذا الحكم، بخلاف قوله: بعد غدٍ. لأنَّ المجلس لا يمتدُّ إلى بعد الغد، وبخلاف قوله ما سأملكه؛ لعدم تناول ماله في الحال ليمحصه بحرف السين للاستقبال^(٢).

قال: (ويهدر النذرُ بذبح الولد وأوجبا ذبح شاة).

قال أبو يوسف^(٣) رحمه الله، وهو قول زفر^(٣) والشافعي^(٤) رحمهما الله: إذا نذر ذبحَ ولده لا يلزمه بهذا النذر شيء. وقال أبو حنيفة^(٣) ومحمد^(٣) رحمهما الله: يصحُّ ويلزمه ذبحُ شاةٍ (في أيام النحرِ أو في الحرم).

(١) في (ج): (مالكه).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٣٥، و«الهداية» ٢/٣٤٦-٣٤٧، و«تبيين الحقائق» ٣/١٥٠، و«البحر الرائق» ٤/٣٧١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ٨/١٣٩، و«الاختيار» ٤/٣٠٩-٣١٠، و«إيثار الإنصاف» ص ٣٦٦-٣٦٧.

(٤) «التنبيه» ص ٨٤، و«غاية البيان» ص ٣٢٢.

لهم: أنه نذر بإراقة دم معصوم فكان نذرًا بمعصية فيلغو^(١)؛ لقوله ﷺ: «لَا نَذَرُ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ»^(٢).

ولهما^(٣): وهو الاستحسانُ أنَّ الشاةَ محلٌّ لإيجاب ذبحها بإيجابٍ مضافٍ إلى الولد، وإيجاب ذبحها بإضافة النذر إليها نفسها صحيحٌ، فكذا بالإضافة إلى الولدِ قياسًا عليه. وقصة الخليل ﷺ تبين هذه الدعوى؛ لأنه أُمِرَ بذبح الولد، وخرج عن عهده بذبح الشاة مع بقاء الأمر بذبح الولد، فإنَّ ذبحَ الشاة لم يجب بأمرٍ آخر، وتسميةُ الشرع إياه فداءً دليلٌ على بقاء الأمر، وإنما قلنا: إنه خرج عن العهدة بذبح الشاة، لقوله تعالى: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ الرُّيَا﴾ فَإِنَّ أَثْمَةَ التَّفْسِيرِ قَالُوا: فِي الْآيَةِ تَقْدِيمٌ وَتَأْخِيرٌ، وَتَقْدِيرُ الْكَلَامِ: فَلَمَّا أَسْلَمَا وَتَلَّ لِلْجَبِينِ وَفَدَيْنَاهُ بِذَبْحِ عَظِيمٍ ذَبَحَ الْفِدَاءَ وَنَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيمَ قَدْ صَدَّقْتَ الرُّيَا أَي^(٤): بِذَبْحِ الْفِدَاءِ. فَكَانَ بِتَحْقِيقِ ذَبْحِ الشاةِ آتِيًا بِمَا التَزَمَهُ مِنْ^(٥) ذَبْحِ الْوَلَدِ بِالنَّذْرِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ النَّاذِرُ يَذْبَحُهُ مُلْتَزِمًا كَذَبْحِ الشاةِ؛ لِيَكُونَ بِذَبْحِهَا آتِيًا بِمَا التَزَمَهُ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ ذَبِيحًا بِذَبْحِ الشاةِ حَكْمًا؛ وَلِهَذَا قَالَ ﷺ: «أَنَا ابْنُ الذَّبِيحِينَ»^(٦)؛ يَشِيرُ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ وَإِسْمَاعِيلَ ﷺ، وَلَمْ يَكُنَا ذَبِيحِينَ بَعَيْنَهُمَا لَكِنْ بِوَاسِطَةِ ذَبْحِ الْفِدَاءِ عَنْهُمَا، وَلَيْسَ هَذَا نَذْرًا

(١) ساقطة من (ب).

(٢) رواه مسلم (١٦٤١).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ١٣٩/٨، و«الاختيار» ٣٠٩-٣١٠، و«إثبات الإنصاف» ص ٣٦٦-٣٦٧.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (لو).

(٦) لا أصل له. يُنْظَرُ: «الضعيفة» (١٦٧٧).

بالمعصية؛ لأن جعل الولد ذبيحاً حكماً بذبح الشاة عنه ليس بمعصية ليتناوله الحديث، وليس معنى قولنا: إن النذر بذبح الولد صحيحٌ إلا أن نجعله ذبيحاً بذبح الشاة عنه.

قال: (وألحق العبد بالولد فيه).

قال محمد^(١) رحمته الله: إذا نذر أن يذبح عبده صحَّ النذرُ موجباً ذبح شاة في الحرم أو في أيام النحر في غير الحرم. وقال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(١) رحمهما الله: لا يصح نذرُهُ. له: أن العبد كسب المولى وملكه وقد مرَّ أن النذرَ بذبح الولد صحيح موجب لذبح الشاة مع أنه كسبه، وليس بملكه؛ فلأن يثبت حكمه في العبد الذي هو كسبه وملكه أولى.

وأبو يوسف^(١) رحمته الله قد مرَّ على ما أصَّله فلا يحتاج إلى الفرق. والفرق لأبي حنيفة^(١) رحمته الله أنَّ إيجاب ذبح الشاة بالنذر بذبح الولد إنما كان كرامةً للولد أستدلَّ ألا بقصة الخليل عليه السلام، والعبد لا يستحق من الكرامة ما يستحقُّه الولد، فتعذر إلحاقه به في حق هذا الحكم.

قال: (ونذرُهُ ذبح نفسه باطلٌ وألحقه بالولد).

قال أبو حنيفة^(٢) رحمته الله: إذا نذر أن يذبح نفسه فهو باطلٌ. وقال محمد^(٢) رحمته الله: يصحُّ ويجب ذبح شاة في الحرم أو في أيام النحر في غير الحرم قياساً للنفس بالولد كما قاس العبدَ به.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ١٤٢/٨، و«الاختيار» ٣١٠/٤، و«الاختيار» ٣١٠/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ١٣٩-١٤٠/٨، و«الاختيار» ٣١٠/٤، و«فتح القدير» ٨٥/٥.

وأبو حنيفة^(١) رحمه الله يأباه، والفرق له أن نفسه وإن أستحقت الكرامة التي أستحقها ولده ولم يستحقها عبده، إلا أن نفسه ليست كسباً له وولده كسباً له، وقد قال رحمه الله: «المرء أحق بكسبه وإن ولده من كسبه»^(٢). ألا ترى أنه لم يصح النذر بذبح الأب والجدة والأم بالإجماع؛ لأنهم ليسوا من كسبه^(٣).



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩-١٤٠، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠،

و«فتح القدير» ٨٥/ ٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٢٨)، والترمذي (١٣٥٨)، والنسائي ٧/ ٢٤٠، وابن ماجه (٢٢٩٠)، وأحمد ٦/ ٣١، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٦٢٦) من حديث عائشة بلفظ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم».

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩-١٤٠، و«فتح القدير» ٨٥/ ٥،

و«الاختيار» ٤/ ٣١٠.

فصل في اليمين في الدخول والسكنى والخروج والركوب وغير ذلك / ١١٣٥

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الْكَعْبَةَ أَوِ الْمَسْجِدَ أَوْ بَيْعَةً أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارًا، أَوْ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهَا بَعْدَ الْخَرَابِ لَمْ يَحْنُثْ بِخِلَافِ هَذِهِ الدَّارِ).

هذه مسائل:

الأولى: إذا حلف لا يدخل بيتًا فدخل الكعبة أو المسجد أو بيعَةً أَوْ كَنِيسَةً لَمْ يَحْنُثْ؛ لَأَنَّ الْبَيْتَ مَا يَبْنَى لِقَصْدِ الْبَيْتُوتَةِ فِيهِ وَاللَّفْظُ يَنْبِئُ عَنْ ذَلِكَ، وَهَذِهِ الْبَقَاعُ لَمْ تَبْنِ لِذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا لَوْ دَخَلَ دَهْلِيْزًا، أَوْ ظَلَّه بَابُ الدَّارِ لَمْ يَحْنُثْ. وَقِيلَ: إِذَا كَانَ الدَّهْلِيْزُ بِحَيْثُ لَوْ أُغْلِقَ الْبَابُ يَبْقَى دَاخِلًا وَهُوَ مَسْقُوفٌ حَنْثٌ؛ لِأَنَّهُ يَبَاتُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ عَادَةً، فَيَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ^(١).

الثانية: إذا حلف لا يدخل دارًا فدخلها بعدما خربت لَمْ يَحْنُثْ^(٢).

الثالثة: لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما خربت وصارت صحراء حنث^(٣).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٩، و«الهداية» ٣٦٠/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٤٩/١، و«اللباب» ١١/٤.

(٢) «الهداية» ٣٦٠/٢، و«البحر الرائق» ٣٢٥/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٤٩/١، و«اللباب» ١١/٤.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٤، و«الاختيار» ٢٨٦/٤، و«تبين الحقائق» ١١٩/٣، و«اللباب» ١٢/٤.

والفرق أنَّ الدارَ أَسْمٌ للعرصة، يقال: دارٌ عامرةٌ ودارٌ غير عامرةٍ والبناءُ فيها من التوابع والأوصافِ، إلَّا أنَّ الوصفَ في الغائب معتبرٌ وفي الحاضر لغوٌ فكأنه قال: لا أدخل هذه العرصةَ المبنيةَ فيلغو الوصفُ مع الإشارةِ، إذ الوصفُ للتعريفِ والإشارةُ أبلغُ فيه.

وعلى هذا لو حلف لا يدخل هذه الدارَ فخربت ثم بنيت فدخلها يحنث^(١)؛ لما مرَّ أنَّ الأسمَ باقٍ بعد الانهدام.

ولو جُعِلَتْ مسجدًا أو حمامًا أو بستانًا أو بيتًا فدخله لم يحنث^(١)؛ لزوال الأسمِ بعد اعتراضِ أَسْمٍ آخر. فلو أنهدم ما بني ثانياً فدخل لم يحنث أيضًا؛ لعدم عودِ أَسْمِ الدارِ إلى تلك العرصة. وإذا حلف لا يدخل هذا البيتَ فدخله بعد ما خرب لم يحنث، وتنزل الإشارةُ فيه بمنزلة التذكيرِ في الدارِ؛ لأنَّ أَسْمَ البيتِ بعد الخرابِ والانهدام يزول؛ فإنه لا يباتُ فيه حينئذٍ، حتى لو سقطت الحيطانُ وخرب السقفُ فدخله لم يحنث؛ لأنه يباتُ فيه والسقفُ وصفٌ فيه، وكذا لو بنى بيتًا آخر فدخله؛ لأنَّ الأسمَ لم يبق بعد الانهدام باعتبار زوالِ المشارِ إليه^(٢).

قال: (أو لا يدخل هذه الدارَ فوقف على سطحها أو دخل دهليزها أو في طاقِ البابِ بحيث إذا أغلقَ كان داخلًا حنث).

أمَّا الأول: فلأن سطحَ الدارِ من الدارِ، ولهذا فإنَّ المعتكفَ إذا صعدَ

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٤، و«الهداية» ٢/٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/١١٧، و«اللباب» ٤/١٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٤، و«الهداية» ٢/٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/١١٧-١١٨، و«اللباب» ٤/١٢.

سطح المسجد لا يفسد اعتكافه؛ لكونه من المسجد، وقيل: في عرفنا هذا لا يحنث وهو اختيار أبي الليث^(١) رحمته، وأمّا الدهليز فقد مرّ التفصيل فيه. ويجب أن يكون إطلاق القدوري^(٢) رحمته محمولاً على ذلك، وأمّا طاق الباب فإنه إذا وقف بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث؛ لعدم وجود الشرط وهو دخول الدار، إذ الطاق لا يُعدّ من الدار، فإنّ الباب وُضع لحفظ الدار وما فيها. وإن وقف بحيث إذا أغلق كان داخلياً حنث؛ لوجود شرط الحنث^(٣).

قال: (أو دار فلان فيشترط لحنثه أن تضاف إليه وقت اليمين والحنث، وقالوا: وقت الحنث).

له: أن الملك في الدار مستدام عادةً فانصرف من اليمين إلى الدار الموجودة في الحال الباقية على ملكه إلى وقت دخولها؛ لانصراف الفهم إلى ذلك^(٤).

ولهما^(٤): أن الدار والثوب والعبد في المملوكية سواء، والمنع من الدخول لوحشة من المالك، فلا يختص ذلك بالمضافة إليه وقت اليمين والحنث جميعاً، بل ينصرف إلى المضاف إليه زمان الحنث كما في الثوب.

(١) «الهداية» ٢/ ٣٦٠.

(٢) «الكتاب» ٤/ ١٧.

(٣) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٦-٢٦٧، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦١، و«اللباب» ٤/ ١٧.

(٤) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٣٦٩، و«المبسوط» ٨/ ١٦٥-١٦٦، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٢٩.

قال: (ونسوي بين المستأجرة والمملوكة).

إذا قال: والله لا أدخل دار فلان وفلان ساكن في دار (غيره)^(١) بإجارة أو إعاره، فدخلها لم يحنث عند الشافعي^(٢) ﷺ؛ لأنها ليست بداره حقيقة؛ ولهذا إذا دخل دارًا مملوكة له حنث.

ولنا^(٣): أن مقتضى الإضافة الاختصاص، والدار المسكونة بالإجارة مختصة به، ولأنها مضافة إليه عرفًا، والأيمان مبناها على العرف، يؤيد ذلك ما روي أنه ﷺ مرَّ بحائض فقال: «لمن هذا؟»^(٤)، فقال رافع بن خديج: لي يا رسول الله أستأجرته، فلم ينكر عليه ﷺ.

وأما الدار المملوكة لفلان إن كان يسكنها غيره ولا سكنى لمالكها فيها بوجه من الوجوه فإننا نمنع حنثه بدخولها، وإن كان لفلان فيها سكنى بوجه يحنث باعتبار شمول السكنى كليهما، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بدخولها راكبًا وماشيًا؛ لعموم المجاز، حيث صار ذلك مجازًا عن الدخول^(٥).

(١) في (ب): (غيرها).

(٢) «الأم» ٢٩٤/٦، و«الوجيز» ٢٢٩/٢، و«حلية العلماء» ٢٦١/٧، و«روضة الطالبين» ٤٨/٨.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦٣/٣، و«المبسوط» ١٦٨/٨، و«فتاوى قاضيهان» ٣٢٠/٤، و«تبين الحقائق» ١٦٢/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٨٣/١-٥٨٤.

(٤) رواه الطبراني ٢٦٣/٤ (٤٣٥٤)، عن عبدان بن أحمد، عن سليمان بن عبد الجبار، عن عبيد الله بن موسى، عن أبي حنيفة، عن أبي حصين، عن ابن رافع، عن أبيه، به.

(٥) «المبسوط» ١٦٨/٨، و«فتاوى قاضيهان» ٣٢٠/٤، و«بدائع الصنائع» ٦٣/٣، و«تبين الحقائق» ١٦٢/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٨٣/١-٥٨٤.

قال: (أو هذه الدار وهو بها^(١) لم يحنث بالعود).

إذا قال: والله لا أدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالعود حتى يخرج منها ثم يرجع فيدخلها، ولم يصرح بهذا في المتن؛ لظهوره ودلالة قوله: (بالعود) عليه، وهذا استحسان، والقياس الحنث تنزيلاً للبقاء بمنزلة الابتداء، إذ الأصل في الفعل الممتد أن يعطى لدوامه حكم ابتدائه، ووجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له؛ لأنه عبارة عن الحالة التي بها ينفصل من الخارج إلى الداخل، فإذا لم يكن فعلاً ممتداً فارق بقاؤه / ١٣٥ب / ابتداءه^(٢).

قال: (أو لا يدخل بغداد فاجتاز بدجلة لم يحنثه وخالفه).

قال أبو يوسف^(٣) رحمه الله: إذا حلف لا يدخل بغداد فمر بها في السفينة لم يحنث ما لم يخرج منها إلى الشاطئ؛ (لأنه لم يدخل بغداد؛ لأن دجلة لا تقع عليها أيدي أهل بغداد، كما تقع على الأراضي والأبنية فلم تكن دجلة منها)^(٤).

وقال محمد^(٣) رحمه الله: يحنث؛ لأنه إذا اجتاز بها فقد دخل بغداد وخرج منها، فوجد شرط الحنث فيحنث، (ألا ترى أن البغدادي إذا جاء من الموصل يقصد البصرة في السفينة فمر ببغداد يصير)^(٥) مقيماً بالاجتياز

(١) في (ب)، و(ج): (فيها).

(٢) «الهداية» ٣٦١/٢، و«الاختيار» ٢٨٦/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٥١/١، و«اللباب» ١٢/٤.

(٣) «المبسوط» ٢٥/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣٢١/٤، و«بدائع الصنائع» ٦٥/٣، و«فتح القدير» ١٠٢/٥، و«البحر الرائق» ٣٣٠/٤.

(٤) ساقطة من (ج). (٥) ساقطة من (ب).

بها، ويلزمه إتمام الصلاة عند ذلك، وليس له أن يترخص برخص المسافرين.

قال: (أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابس فزعه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل، أو لا يسكن هذه الدار وهو بها فأخذ في النقلة لم يحنث).

وقد ذهب زفر^(١) رحمه الله إلى الحنث؛ لوجود الشرط وإن قل. ولنا^(٢): أن المقصود من عقد اليمين هو البر، وأنه متعذر بهذه اليمين ما لم يستثن زمان تحققه فيه، فإن لبث ساعة حنث، وقد أفاد ذلك في المتن بحرف الفاء الدال على التعقيب؛ لأن قوله: (فزعه)، وقوله: (فنزل)، وقوله: (فأخذ في النقلة) يفهم أنه لم (يلبث)^(٣) والفرق بين هذه الأفعال وبين الدخول أنها مما يمتد، فإنه يضرب لها آجال فيقال: لبست هذا الثوب يوماً، وركبت هذه الدابة يوماً، وسكنت هذه الدار شهراً فأعطي لبقائها حكم أبتدائها، بخلاف الدخول، فإنه لا يقال: دخلت هذه الدار يوماً (بمعنى: المدة والتوقيت، ولو نوى الابتداء الخالص يصدق؛ لأنه محتمل كلامه)^(٣) على أن اليوم كله وقت للدخول بل على معنى الظرفية.

(١) «بدائع الصنائع» ٥٩/٣، و«الهداية» ٣٦١/٢، و«الاختيار» ٢٨٧-٢٨٨/٤، و«اللباب» ١١-١٢/٤.

(٢) في (ج): (يحنث).

(٣) من (ب).

قال: (أو لا يسكن هذه الدار فخرج وخلف أهله ومتاعه حنث).

لأنه يعد ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا، ولو كانت اليمين على المحلة، أو على السكة فكذلك الجواب، ولو كانت اليمين على المصر. روي عن أبي يوسف^(١) رحمته الله أنه لا يتوقف البر على نقل الأهل والمتاع؛ لأنه بعد الانتقال لا يعد ساكنًا في المصر، بخلاف المسألة الأولى، والقرية بمنزلة المصر في الصحيح، وقد اختلف علماؤنا رحمهم الله فقال أبو حنيفة^(١) رحمته الله: يجب أن يُنقل متاعه كله بحيث لو بقي منه وتذ يحنث؛ لأن السكنى ثابتة بمجموع المتاع فيبقى ما بقي منه شيء.

وقال أبو يوسف^(١) رحمته الله: يُعتبر نقل الأكثر إقامة له مقام الكل حيث يتعذر نقل الكل ويستلزم الحرج.

وقال محمد^(١) رحمته الله: المعتبر في ذلك نقل ما تقوم به ضروراته؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى، وقد مال المشايخ رحمهم الله إلى قول محمد^(١) رحمته الله؛ لأنه أرفق بالناس واستحسنوه، وعليه الفتوى.

قال: (أو لا يخرج من المسجد فأمر من أخرجه حنث، ولو كان مكرهاً أو برضاه لم يحنث).

هذه ثلاث مسائل من الزوائد:

أما الأولى: فلأن اليمين أنعقدت على فعل نفسه، لكن فعل المأمور وإن كان صادراً عنه حقيقة؛ لكنه مضاف إلى الأمر بواسطة أمره، فانتقل إليه

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ١٦٢-١٦٣، و«تبيين الحقائق» ١١٩-١٢٠.

حكماً وصار كما لو ركب دابةً فخرجت به^(١).

فأما الثانية: فإنَّ المكره قد عدم فعله حقيقةً - وهو ظاهرٌ - وحكماً؛ لعدم الأمرِ منه. وهذا فيما إذا حمّله وأخرجه من غير (فعل)^(٢) اختياري منه.

أما لو هدد فخرج بنفسه يحنث؛ لوجود الفعلِ منه حقيقةً، وفعلُ المحلوف عليه مكرهاً ينزل منزلةً فعله اختياراً.

وقال بعض مشايخنا: يحنث؛ لأنه لما كان متمكناً من الامتناع فلم يفعل صار كالآمر به.

قال صاحب «المبسوط»^(٣): والأصحُّ أنه لا يحنث؛ لأنه عَقَدَ يمينه على فعل نفسه ولم يوجد حقيقةً وحكماً؛ لأنَّ فعلَ الغيرِ بأمره، واستعماله إياه يصير مضافاً إليه^(٤).

وأما الثالثة: (فإذا حمّله)^(٥) فأخرجه وهو راضٍ غيرُ أمرٍ بذلك لم يحنث في الصحيح؛ لأنَّ اتِّقَالَ الفعلِ إلى غيرِ الفاعلِ حقيقةً بواسطة الأمر لا بمجرد الرضا^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٨-٣٠٩، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٧٤/٣،

و«البحر الرائق» ٣٣٥/٤، و«اللباب» ١٩/٤.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ١٧/٨.

(٤) «تبيين الحقائق» ١٢٠/٣، و«المبسوط» ١٧/٨، و«الهداية» ٣٦٢/٢، و«البحر الرائق» ٣٣٥/٤.

(٥) في (ب): (فإنه إذا حلفه).

(٦) «المبسوط» ١٧١/٨، و«الهداية» ٣٦٢/٢، و«تبيين الحقائق» ١٢٠/٣، و«البحر

الرائق» ٣٣٥/٤.

قال: (أو لا تخرجُ أمرأته إلا بإذنه، أشرط الإذن في كلِّ خروج أو إلا أن آذن أشرط مرة).

هاتان مسألتان.

الأولى: إذا حَلَفَ لا تخرجُ أمرأته إلا بإذنه فأذن لها فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث، وشرط البر الإذن في كل خروج^(١).

والثانية: إذا قال: إلا أن آذن لك. فأذن لها مرة واحدة، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم يحنث^(١).

والفرق بين المسألتين أن الباء للإلصاق، والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس، والإذن ليس من جنس الخروج، فكان التقدير إن خرجت الآخر وجاء ملصقًا بإذني فما وراء ذلك داخل في (الحصر)^(٢) العام.

وقوله في المسألة الثانية: (إلا أن) كلمة غاية فينتهي اليمينُ بها، كما لو قال: حتى آذن لك. ولو نوى في المسألة الأولى الإذن مرة صدق ديانة؛ لأنه نوى محتملَ كلامه، فإن الاستثناء (قد)^(٣) يراد به الغاية لانتفاء حكم صدر الكلام بالاستثناء، ولا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر^(١).

(١) «المبسوط» ١٧٣/٨، و«الهداية» ٣٦٢-٣٦٣/٢، و«الاختيار» ٢٨٥/٤، و«اللباب» ٢٢/٤.

(٢) في (ب): (الخطر).

(٣) من (ب) و(ج).

قال: (ولو أذن ولم تسمع فخرجت لم يُحنته).

رجلٌ قال لامرأته: إن خرجتِ إلّا بإذني فأنت طالق. فأذن لها ولم تسمع فخرجت لم يحنت عند أبي يوسف^(١) رحمهما الله؛ لأنَّ قصده منعها من الخروج بغير رضاه وقد رضي، فصار كما لو قال: إلّا أن أمر أو أرضى أو إلّا بأمري أو برضاي /١١٣٦/.

وقال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: يحنت؛ لأنَّ الإذن من الأذان الذي هو الإعلام، ولم يوجد حتى لو كانت اليمين بالفارسية كانت الفتوى على قول أبي يوسف^(١) رحمهما الله؛ لعدم الاشتقاق.

قال: (أو لا تخرج إلّا بإذنه ثمَّ أذن لها فيه متى شاءت، ثم نهاها فخرجت لم يحنته، وخالفه كما لو رخص الأذن).

رجل قال: إن خرجت من هذه الدار إلّا بإذني فأنت طالق، ثم قال لها: أذنت لك أن تخرجي متى شئت، ثم نهاها عن الخروج، ثم خرجت لا يقع الطلاق عند أبي يوسف^(٢) رحمهما الله ويقع عند محمد^(٢)، ولو كان أستاذته في الخروج فأذن لها إذناً خاصاً ثم نهاها فخرجت يحنت إجماعاً لأبي يوسف^(٢) رحمهما الله أنه لما عمَّ الإذن أتصل بجميع الخُرُجَات الممكنة منها ففات شرط الحنث وهو الخروج بغير إذن، ومتى فات الشرط بطلت اليمين، إذ لا فائدة في بقائها فلم يعمل نهيةً، بخلاف ما إذا خصَّ الإذن؛ لأنَّ اليمين باقيةً فيعمل النهي (فيه)^(٣) عمله

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٦/٣، و«المبسوط» ١٧٤/٨، و«البحر الرائق» ٣٤٠/٤، «مجمع الأنهر» ١/٥٥٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣٦٣/٢، و«الاختيار» ٢٨٥/٤.

(٣) من (ب).

فيجعل الإذن كأن لم يكن. ولمحمد ﷺ أَنَّ الإذن العام بطل بالنهي بعده
أعتباراً بالخاص، وعدم الفائدة في بقاء اليمين ممنوع؛ لجواز لحوق
النهي بعد الإذن العام فيبطل.

قال: (ولو أرادت الخروج فقال: إن خرجت فأنت طالق
فجلست ثم خرجت لم يحنث).

هذه اليمين تُسمى يمين الفور وزادها في الكتاب؛ لتكون هاديةً إلى
الحكم في نظائرها.

ومثل ذلك إذا أراد رجل ضرب عبده، فقال له آخر إن ضربته فعبدي حرٌّ
فتركه ثم ضربه لم يحنث، وقد تفرد أبو حنيفة^(١) ﷺ بإظهارها، وفقهها أنَّ
مراد الحالف رد الضارب والخارج عن تلك الضربة والخرجة في العرف،
والإيمان مبنية على العرف^(١).

قال: (أو ليأتين البصرة فلم يأت حنث في آخر جزء من
حياته).

لأنَّ البرَّ قبل الموت مرجو^(٢).

قال: (أو ليأتينه إن أستطاع حمل على أستطاعة الصحة
لا القدرة).

المراد من أستطاعة الصحة: سلامة الآلات وهو أن لا يمرض ولا يمنعه

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣٦٣/٢، و«تبيين الحقائق» ١٢٣/٣ - ١٢٤.

(٢) «اللباب» ٢٦/٤، و«الهداية» ٣٦٢/٢، و«الاختيار» ٢٨٥/٤، و«البحر الرائق» ٣٣٨/٤.

السلطان، ولم يحدث أمر لا يقدر على إتيانه، فإذا لم يأتِه والحال هذه حنث؛ وهذا لأنَّ الاستطاعة حقيقة هي المقارنة للفعل، وفي العرف تطلق على سلامة الآلات وصحة الأسباب، فعند الإطلاق ينصرف إلى المتعارف، ولو نوى الأول صحَّ ديانته؛ لأنه قد نوى حقيقة كلامه ولم يصدق في القضاء؛ لأنَّه خلاف الظاهر الذي عليه العرف، وقيل: يصحُّ في القضاء أيضًا^(١).

قال: (أو لا يركب دابة زيد فركب دابة عبده المأذون فهو غير حانث في المستغرق بالدين مطلقاً وحنث في غيره إن نواه، ويحكم بالحنث بالنية لا مطلقاً).

هذا ينبني على أصلٍ مختلف بين علمائنا.

فعند أبي حنيفة^(٢) رحمته الله العبدُ المأذون المستغرق بالدين لا ملك للمولى فيه، فلا يحنث بركوب دابته نواه أو لم ينوه، وإن لم يكن عليه دينٌ أو كان، إلَّا أنه غير مستغترٍ لا يحنث إلَّا أن ينويه؛ لأنَّ الملك فيه ثابت لمولاه، ولكنه في العرف مضاف إلى العبد، وكذلك في الشرع. قال رحمته الله: «من باع عبداً وله مالٌ» الحديث. فأضاف المال إليه، وحينئذٍ نحيل الإضافة إلى المولى فلا بدَّ من النية، واقتصر في المتن على غير المستغرق ولم يذكر غير المديون؛ لأنَّ الحكم يثبت فيه بالطريق الأولى إذا ثبت في غير المستغرق.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٢، و«الهداية» ٢/٣٦٢، و«الاختيار» ٤/٣٠٠، و«تبين الحقائق» ٣/١٢٢.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٧١، و«اللباب» ٤/١٦-١٧، و«الهداية» ٣/٣٦٣، و«الاختيار» ٤/٢٨٨-٢٨٩.

وقال أبو يوسف ^(١) رحمته الله: يحنث في الوجوه كلها إذا نواه لاختلال الإضافة.

وقال محمد ^(١) رحمته الله: يحنث في الوجوه كلها مطلقاً نوى أو لم ينو؛ لأنه ملك المولى حقيقة، والدين غير مانع من ثبوت الملك للملك عندهما ^(١).

قال: (وكذا الخلاف والتفصيل في دخول عبيد مأذونه في قوله: أعتقت عبيدي).

رجل قال: أعتقت عبيدي. ولعبده المأذون عبيد، فعبيد (عبده) ^(٢) يعتقون إذا نواهم، إلا أن يكون ما على عبده من الدين مستغرقاً لرقبته وأكسابه.

وقال أبو يوسف ^(٣) رحمته الله: يعتقون إذا نواهم وإن كان دينه مستغرقاً. وقال محمد ^(٣) رحمته الله: يعتقون وإن لم ينوهم سواء كان الدين مستغرقاً أو لم يكن، بناءً على أن الدين إذا كان مستغرقاً يمنع ثبوت الملك للمولى في أكساب المديون عند أبي حنيفة ^(٣) رحمته الله.

وعندهما: لا يمنع، وأبو يوسف ^(٣) رحمته الله شرط النية؛ لأن في الإضافة إليه خللاً، فلا يدخلون تحت مطلق الإضافة إلا بالنية.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١، و«الهداية» ٣/ ٣٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٨-٢٨٩، و«اللباب» ٤/ ١٦-١٧.

(٢) في (ب) و(ج): (عبيده).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٧١-١٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٤.

قال: (أو لا ينامُ على هذا الفراشِ فنامَ عليه وفوقه قرامٌ حنثٌ).

رجلٌ حلف لا ينامُ على فراشٍ معينٍ فنام على فراش جعل فوقه قرام -وهي الشقة- حنثٌ؛ لأنَّ القرام تبع للفراش فيُعدُّ نائمًا عليه، وقد أشار إلى ذلك لفظ المتن بقوله: (فنام عليه وفوقه قرام) فأطلق عليه أسم النوم ولم يعد القرام حائلًا^(١).

قال: (ولو جعل فوقه آخرَ يحنثه وخالفه).

إذا حلف لا ينامُ على هذا الفراشِ فجعل فوقه فراشًا آخرَ فنام عليه يحنثُ عند أبي يوسف^(١)؛ لأنَّه نام عليهما جميعًا حقيقةً وعرفًا، فإنه يقال: نام على فراشين. وإذا نام عليهما فقد نام على واحدٍ منهما، ووجد منه ما يحنث به وزيادة، كمن حلف لا يكلمُ فلانًا فسلمَّ على جمعٍ وهو بينهم بقوله: سلام عليكم. /١٣٦ب/

وقال محمد^(٢) رحمته الله: لا يحنث؛ لأنه إنما نام على الأعلى دون الأدنى، وما نام عليه غيرُ المحلوف عليه، ولا يمكن جعله تبعًا للمحلوف عليه؛ لأنه مثيله والشيء لا يستتبع ما هو مثله، والمذكورُ في القدوري^(٣) هو قولُ محمد^(٢) رحمته الله، وهو المختارُ.

(١) «الجامع الكبير» ص ٦٤، و«مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣٧٧/٢، و«اللباب» ٢٠/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣٧٧/٢، و«الاختيار» ٣٠٢/٤، و«تبيين الحقائق» ١٥٥-١٥٦/٣، و«اللباب» ٢٠/٤.

(٣) «الكتاب» ٢٠/٤.

قال: (أو لا يجلسُ على الأرضِ فجلس على حصيرٍ لم
يحنث).

لأنه لا يُعدُّ جالسًا على الأرضِ عرفًا، بخلاف ما لو جلس على
الأرضِ بشيابه؛ لأنَّ ثيابهُ تبعُ (له) ^(١) فلا تعتبر حائلة ^(٢).

قال: (أو على هذا السريرِ فجلس عليه وفوقه حصيرٌ حنث
لا سرير آخر).

إذا حلف لا يجلسُ على سريرٍ معينٍ فجلس عليه وفوق السريرِ حصيرٌ
أو بساطٌ يحنث؛ لأنه يُعدُّ جالسًا عليه عرفًا، وكذلك إذا حلف لا يجلس
على الأسرة. ولو جعل فوقه سريرًا آخرَ فجلس على الثاني لم يحنث؛ لما
مرَّ أنَّ الشيء لا يستتبع مثله فانقطعت النسبة ^(٣).



(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣/٣٧٧، و«الاختيار» ٤/٣٠٥، و«تبيين
الحقائق» ٣/١٥٥-١٥٦، و«اللباب» ٤/٢٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٢، و«الهداية» ٣/٣٧٨، و«الاختيار» ٤/٣٠٢،
و«اللباب» ٤/١٩.

فصل في اليمين في الأكل والشرب

قال: (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة كان على ثمرها).

لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فانصرف إلى ما يؤكل؛ لكونه سبباً له فكان مجازاً عنه، وإنما يحنث إذا أكل ثمرها، وهي هي لم تتغير صفتها بفعل فاعلٍ مختارٍ، حتى لو أكله دبساً مطبوخاً أو خللاً لم يحنث؛ لانقطاع النسبة^(١).

قال: (أو من هذا البسر فترطب لم يحنث).

إذا حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث، وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرًا، أو من هذا اللبن فصار شيرازاً^(٢)؛ لأن وصف البسورة والرطوبة واللبنية داعية إلى اليمين فيتعبد اليمين به، وهذا هو الأصل، فالوصف متى كان داعياً إلى اليمين يتعلق به ولا تعلق اليمين بالذات، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ؛ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهئي عنه، فألغى الشرع هذه الداعية في الوصف فالتحق بالمهجور عادة^(٣).

(١) «الهداية» ٣/٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ٨/١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٤/٢٩٩، و«البحر الرائق» ٤/٣٤٥، و«اللباب» ٤/١٣-١٤.

(٢) الشيراز: اللبن الرائب المستخرج ماؤه.
«القاموس المحيط» مادة: شرز ٤٦٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٠، و«المبسوط» ٨/١٨٢، و«فتح القدير» ٥/١١٨، و«مجمع الأنهر» ١/٥٥٧، و«اللباب» ٤/١٤.

قال: (أو لحم هذا الحمل فصار كبشًا حنث).

لأنَّ صفة الصغير ليست بداعية إلى اليمين، فإن الممتنع عنه يكون أشدَّ أمتناعًا عن أكل لحم الكبش^(١).

قال: (أو بسرًا فأكل رطبًا لم يحنث).

لأنَّ المأكولَ غيرَ المحلوف عليه، إذ الرطبُ غيرُ البسر^(٢).

قال^(٣): (أو بسرًا فأكل رطبًا مذنبًا أو بالعكس لم يحنث).

(إذا حلف لا يأكلُ بسرًا فأكل رطبًا مذنبًا)^(٤)، وهو الرطب الذي في ذنبه قليل (بسرٍ، أو لا يأكل رطبًا فأكل بسرًا مذنبًا، وهذا هو العكس وهو البسر الذي في ذنبه قليل)^(٤) رطبٍ يحنث عند أبي حنيفة^(٥) ومحمد^(٥) رحمهما الله.

وقال أبو يوسف^(٥) رحمته الله: لا يحنث؛ لأنَّ البسرَ المذنب لا يسم رطبًا، ولا الرطب المذنب يسمى بسرًا، فكان آكلًا غير ما حلف عليه، يؤيده أنه لو حلف على ذلك في البيع والشراء لم يحنث أعني: إذا حلف لا يشتري رطبًا فاشترى بسرًا مذنبًا، أو حلف لا يشتري بسرًا فاشترى رطبًا مذنبًا؛ لعدم استباق الفهم إلى ذلك.

(١) «الهداية» ٢/٣٦٤، و«الاختيار» ٤/٢٩٩، و«البحر الرائق» ٤/٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/١٢٦، و«اللباب» ٤/١٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٠، و«المبسوط» ٨/١٨٢، و«فتح القدير» ٥/١١٨، و«مجمع الأنهر» ١/٥٥٧، و«اللباب» ٤/١٤.

(٣) من (ج). (٤) ساقطة من (ب).

(٥) «المبسوط» ٨/١٨٤، و«الهداية» ٢/٣٦٤، و«تبيين الحقائق» ٣/١٢٦-١٢٧، و«اللباب» ٤/١٤.

ولهما: أَنْ أَكُلَ الرُّطْبِ الْمَذْنَبِ أَكُلٌ للرُّطْبِ والبسر جميعًا، لاشتماله عليهما وكذا بالعكس، وكل واحد منهما مقصودٌ بالأكل؛ لمصادفته كلا منهما، وصار كما لو مَيَّز ما حلف عليه فأكله، بخلاف الشراء؛ لمصادفته الجملة فيتبع فيه القليل الكثير^(١).

قال: (أَوْ لَحْمًا فَأَكَلَ السَّمَكَا يَحْنُثُ).

قال أبو يوسف^(٢) رحمته الله فيما روي عنه، وهو قول مالك^(٣) رحمته الله: إذا حلف لا يأكل لَحْمًا فَأَكَلَ السَّمَكَا يَحْنُثُ.

وقال أبو حنيفة^(٤) ومحمد^(٥) رحمهما الله: لا يحنث. لأبي يوسف ومالك رحمهما الله قوله تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا لَمِنَ لَّحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤] والمراد: لَحْمَ السَّمَكِ إجماعًا فيتناوله الإطلاق.

ولهما: أَنْ الْفَهْمَ عند إطلاقِ أَسْمِ اللَّحْمِ لا يتبادرُ إلى لَحْمِ السَّمَكِ فلا يتناوله اليمينُ إِلَّا بالنية؛ وهذا لأنَّ العرفَ قاضٍ على الحقيقة، وفي العرف لا يطلقُ أَسْمُ اللَّحْمِ عليه، ولا يقال لبائعه: لَحَامٌ بَلْ سَمَّاكَ، والأيمانُ مبنيةٌ على العرفِ، فإن قيل: وكما لا يتبادرُ الفهمُ إلى السَّمَكِ عند إطلاقِ اللَّحْمِ لا يتبادرُ إلى لَحْمِ الإنسانِ ولَحْمِ الخنزيرِ والكلبِ، ولو أكل منها شيئًا حنث. قلنا: لحمان ما خلا السَّمَكُ مشتركٌ في التغذيةِ

(١) «المبسوط» ١٨٤/٨، و«الهداية» ٣٦٤/٢، و«تبيين الحقائق» ١٢٦/٣-١٢٧، و«اللباب» ١٤/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٠، و«المبسوط» ١٧٥/٨-١٧٦، و«تبيين الحقائق» ١٢٧/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٥٧/١، و«اللباب» ١٤/٤.

(٣) «الكافي» ص ١٩٦.

(٤) «مختصر آختلاف العلماء» ٢٦٥/٣، و«الهداية» ٣٦٤/٢، و«الاختيار» ٢٩٧/٤، و«درر الحكام» ٥٠/٢.

والتولد من دم إذا شُمِسَ أسود إلا أن بعضها حرام، واليمين قد تعقد للامتناع من الحرام؛ ولهذا فإن إطلاق أسم اللحم عليها كلها إطلاق واحد حقيقي، بخلاف السمك؛ لأنه غير متولد من دم إذا شُمِسَ أسود، بل يبيض ولا يطلق عليه أنه لحم بل سمك، وتفاوت ما بين لحمي السمك وغيره من اللحوم ظاهر في التغذية والمنافع، فلا يتناوله من غير نية، وادّعى أن الفهم لا يتبادر إلى تلك اللحوم الموصوفة بالحرمة ممنوع، فإن (كل)^(١) من لم يعتقد حرمتها ولم ينفر طبعه منها يتبادر فهمه إليها حسب تبادره إلى غيرها، ولا يتبادر إلى السمك. وهذه الرواية عن أبي يوسف^(٢) رحمته الله من زوائد «المنظومة» ذكرها في «ملتقى البحار»^(٣) ووقع الاستغناء بالخلاف بين أصحابنا رحمهم الله عن ذكر الخلاف مع مالك^(٤) رحمته الله.

قال: (أو شحمًا فهو على شحم البطن، وقالوا: على شحم الظهر أيضًا).

إذا حلف لا يشتري شحمًا أو حلف لا يأكل شحمًا. قال أبو حنيفة^(٥) رحمته الله: لا يحنث إلا بشحم البطن.

(١) في (ج): (أكل).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٥/٣، و«الهداية» ٣٦٤/٢، و«الاختيار» ٢٩٧/٤-٢٩٨، و«درر الحكام» ٥٠/٢.

(٣) يعني: «ملتقى الأبحر» ٥٥٩/١.

(٤) «الكافي» ص ١٩٦.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٥/٣، و«المبسوط» ١٨٣/٨-١٨٤، و«البحر الرائق» ٣٤٨-٣٤٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٥٩/١.

(وقالاً^(١))^(٢): يحنث بأكل شحم الظهر أيضاً؛ لأنَّ شحمَ الظهر شحمٌ بدليل الاستثناء في قوله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾ [الأنعام: ١٤٦] والأصل في الاستثناء / ١٣٧/ أن يكون من الجنس؛ لأنَّه الحقيقة.

وله: أنَّ (لحم)^(٣) الظهر (شحم)^(٤) حقيقة. ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل شحمَ الظهر - أي: اللحم السمين الذي على الظهر - يحنث، وبين الشحم واللحم تغايرٌ في الذات وتفواتٌ في المنافع، والاستثناء في الآية منقطع؛ لأنَّ ما ﴿أَخْتَلَطَ بِعَظْمٍ﴾ معطوفٌ على المستثنى وهو لحم بالإجماع. واختلف المشايخ في محل الخلاف، فقيل: هو اللحم السمين الذي على الظهر. وقيل: هو الشحم المتصل بالظهر من داخل. فإن كان الأول، فالحق ما قاله أبو حنيفة^(٥) ﷺ، وإن كان الثاني فالحق هو قولهما^(٥). وهذا كله فيما إذا حلف بلفظ العربية على الشحم، أمّا إذا حلف بالفارسية بلفظ «يه» فإنه لا يحنث بأكل اللحم السمين الذي على الظهر عندهم جميعاً، ويحنث بأكل الشحم المتصل بالظهر عندهم جميعاً، ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحماً أو شحمًا فاشترى أو أكل إليه لم يحنث؛ لأنه نوعٌ ثالث^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«مختصر أختلاف العلماء» ٢٦٥/٣، و«المبسوط» ١٨٣/٨-١٨٤، و«البحر الرائق» ٣٤٨-٣٤٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٥٩/١.

(٢) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) في (ب) و(ج): (شحم). (٤) في (ب): (لحم).

(٥) «فتح القدير» ١٢٣/٥، و«الاختيار» ٢٩٨/٥، و«تبيين الحقائق» ١٢٨/٣، و«البحر الرائق» ٣٤٩/٤.

(٦) «بدائع الصنائع» ٩٩/٣، و«الهداية» ٣٦٥/٢، و«الاختيار» ٢٩٧-٢٩٨/٤، و«تبيين

قال: (أو من هذه الحنطة فالحنث بقضمها، وقالوا: يأكل خبزها أيضًا).

إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة، قال أبو حنيفة^(١): لا يحنث حتى يقضمها قضمًا.

(وقالوا)^(٢): إذا أكل من خبزها حنث أيضًا، والأصل في هذه المسألة أن المجاز المتعارف راجح على الحقيقة المستعملة عندهما^(٣)، وأكل الخبز من هذه اليمين هو المتعارف.

وعنده^(٣) الحقيقة المستعملة أولى من المجاز الراجح بالمتعارف، والحقيقة ههنا غير متعذرة فإن الحنطة ثقل وتعلو وتوكل قضمًا، والمسألة مقررة في الأصول. ولو أكل من عينها ذكر في «الأصل» ما يدل على أنه لا يحنث عندهما^(٤)، فإنه قال: ينصرف يمينه إلى ما يصنع الناس من الحنطة. وذكر في «الجامع الصغير»^(٥) ما يدل على أنه يحنث عندهما، فقال: وعندهما^(٦) إذا أكل من خبزها حنث أيضًا.

وقال شمس الأئمة رحمهم الله: والصحيح أنه يحنث بالأكل من عينها عندهما^(٧) كما يحنث بأكل خبزها وهو المذكور في المتن، كما لو حلف

الحقائق ١٢٨/٣، و«البحر الرائق» ٣٤٩/٤.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«المبسوط» ١٨١/٨، و«بدائع الصنائع» ٩٩/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٦/١، و«اللباب» ١٥/٤.

(٢) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «الهداية» ٣٦٥/٢، و«الاختيار» ٢٩٤/٤، و«تبين الحقائق» ١٢٩/٣.

(٤) «الأصل» ٢٤٣/٣. (٥) «الجامع الصغير» ص ٢٥٧.

(٦) «الهداية» ٣٦٥/٢، و«الاختيار» ٢٩٤/٤، و«تبين الحقائق» ١٢٩/٣.

(٧) «المبسوط» ١٨١/٨.

لا يضع قدمه في دار فلانٍ يحنث إذا دخلها راكبًا أو (حافيًا)^(١)؛ لكونه صار مجازًا عن الدخول فاعتبر عموم المجاز، كذلك ههنا جعل مجازًا عن الأكل من أجزاء هذه الحنطة فيتناول أكل خبزها وعينها.

قال: (وحنثه بأكل سويقها).

إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من سويقها حنث عند محمد^(٢) رحمته الله.

وقال^(٢): لا يحنث.

أما أبو حنيفة^(٢) رحمته الله فاعتبر الحقيقة المستعملة كما مر، ومحمد^(٢) رحمته الله يقول: أنصرفت اليمين إلى ما يتخذ من الحنطة عرفًا فيتناول السويق. وأبو يوسف^(٢) يقول: العرف ماضٍ في ذلك بالانصراف إلى الخبز فلا يتناول السويق.

أقول: كلام أبي يوسف^(٢) رحمته الله هذا على الرواية الناطقة بأنه لا يحنث بقضمها أشد التثامًا، وأما على الرواية الأخرى التي أعتبر فيها عموم المجاز فقول محمد^(٢).

قال: (أو من هذا الدقيق فأكل خبزهُ حنث).

لأنه تعذر العمل بالحقيقة؛ لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه، ولو أسقّه كما هو لم يحنث؛ لتعين المجاز مرادًا هو الصحيح^(٣).

(١) في (ب): (جالسًا).

(٢) «المبسوط» ١٨١/٨، و«فتح القدير» ١٢٥/٥، و«تبيين الحقائق» ١٢٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٤٩/٤.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«المبسوط» ٨٠/٨-٨١، و«مجمع الأنهر» ٥٦٠/١، و«بدائع الصنائع» ٩٩/٣-١٠٠، و«اللباب» ١٥/٤-١٦.

قال: (أو خبزًا أعتبر المعتاد في مصر فلا يحنثُ بخبز الأرز والقطائف بالعراق).

وهذا لأنَّ اليمينَ مبناها على العرف، فما (تعارف)^(١) أهلُ مصر أكله خبزًا أنصرف إليه، وهو خبزُ الحنطة والشعير فإنه الغالبُ في البلدان، فلو أكل خبزَ الأرز بالعراق أو خبز القطائف لم يحنث؛ لعدم تعارف أكله خبزًا عندهم^(٢)، قالوا: حتى لو كان بطبرستان^(٣) أو في مصرٍ آخرَ يعتاد أكله خبزًا أنصرف إليه وحنث بأكله.

قال: (أو شواءً كان على اللحم).

إذا حلف لا يأكلُ شواءً فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر وغير ذلك؛ لأنه لا ينصرفُ إلى غير اللحم عند الإطلاق للعرف، إلا إذا نوى ما يُشوى من بيضٍ أو غيره؛ لأنه نوى الحقيقة^(٤).

قال: (أو طيبخًا فعلى ما يطبخ منه).

أي: من اللحم، وهذا استحسانٌ أعتبر فيه العرف؛ وهذا لأنه تعذر الحملُ على العمومِ فوجب الحملُ على خاصٍّ متعارفٍ وهو اللحمُ

(١) في (ب): (تعرف).

(٢) «الهداية» ٣٦٥/٢، و«الاختيار» ٣٩٤/٤، و«تبيين الحقائق» ١٢٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٤٩/٤-٣٥٠.

(٣) طبرستان: بلد من بلاد خراسان سميت بذلك لأن الشجر كان حولها كثيرًا فلم يصل إليها جنود كسرى حتى قطعوه بالفأس والطبر بالفارسيه الفأس وتُحد من المشرق بجرجان ومن المغرب بالديلم.

«مجمع البلدان» ١٣/٤، و«الروض المعطار» ص ٣٨٣.

(٤) «المبسوط» ١٧٨/٨، و«فتح القدير» ١٢٧/٥، و«درر الحكام» ٤٩/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٦١/١، و«اللباب» ١٧/٤.

المطبوخُ بالماء، إلّا أن ينوي غير ذلك لما فيه من التشديد على نفسه، ويحنت بأكل مرقّة اللحم لما فيها من أجزاء اللحم، ولإطلاق الطبخ على المرق عرفاً^(١).

قال: (أو رأساً أعتبر المتعارف).

إذا حلف لا يأكل الرأس أو رأساً أنصرفت يمينه إلى ما يُكبس في التناير ويُباع في المصر. وذكر في «الجامع الصغير»^(٢): لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس الغنم والبقر عند أبي حنيفة^(٣) رحمته الله.

وقال^(٣): على رؤوس الغنم خاصة، وهذا اختلافٌ عصرٍ وزمانٍ فإنّ الناسَ في زمن أبي حنيفة^(٣) رحمته الله تعارفوا ببيع رؤوس الغنم والبقر، فأفتى بما كان عليه أهلُ زمانه، وفي زمنهما^(٣) تعارفَ الناسُ ببيع رؤوس الغنم خاصةً فأفتيا بذلك، فالفتوى على ما يكون عليه التعارف وهو ما يُكبس في التناير ويُباع في المصر كما ذكره القدوري^(٤) رحمته الله؛ فلذلك أسقطت الخلاف في المسألة رجوعاً إلى المفتى به، ولا يحنت بالإجماع في رؤوس^(٥) العصفور والجزور إلّا في رواية عن الإمام^(٦).

(١) «بدائع الصنائع» ٩٦/٣، و«الهداية» ٣٦٦/٢، و«الاختيار» ٣٩٤/٤، و«تبيين الحقائق» ١٢٩-١٣٠/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٠/٤.

(٢) «الجامع الصغير» ص ٢٥٦-٢٥٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«المبسوط» ١٧٨/٨، و«بدائع الصنائع» ٩٥/٣، و«فتح القدير» ١٢٧-١٢٨/٥، و«مجمع الأنهر» ٥٦٠/١.

(٤) «الكتاب» ١٨/٤.

(٥) في (ب): (رأس).

(٦) «المبسوط» ١٧٨/٨، و«بدائع الصنائع» ٩٥/٣، و«فتح القدير» ١٢٨/٥، و«تبيين الحقائق» ١٣٠/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٦١/١.

قال: (أو فاكهة فأكل عنبًا / ١٣٧ب/ أو رمانًا أو رطبًا فهو غير حائث).

إذا حلف لا يأكلُ فاكهةً قال أبو حنيفة^(١) رحمته الله: لا يحثُّ بأكل الرمان والعنب والرطب.

وقال^(١): يحثُّ بأكلها؛ لأنها أنفُسُ الفواكه؛ إذ الفاكهة ما يتفكه بها، أي: يتنعم بها قبل الطعام وبعده، فالعادة جاريةٌ بذلك في هذه الأشياء فيتناولها اليمين.

وله: أن الله تعالى عطفها على الفاكهة مرةً وعطف الفاكهة عليها أخرى، والعطف يقتضي التغاير فلم يتناولها الإطلاق، فإن قيل بعطف النوع على الجنس تشريقًا له وإظهارًا لفضله، كقوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَلِلَّيْكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجَزَيْلٍ وَمِيكَدَلٍ﴾ [البقرة: ٩٨]. فالجواب أنه يمنع من ذلك ههنا أن الكرم لا يقتضي في موضع الأمتنان أن يذكر في مقام واحد نعمةً واحدةً بلفظين مختلفين فلم يكن ذكر هذه الأشياء معطوفًا على الفاكهة إلا للامتنان بنعم متعددة مع الفاكهة؛ لاقتصار حالة أمتنان الكريم لذلك؛ ولأن هذه الأشياء فواكه من وجهٍ دون وجه، فلا تدخل في الإطلاق إلا بالنية اعتبارًا بالمكاتب في عدم دخوله تحت مطلق اسم المملوك إلا بالنية في قوله: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ فإنه يعتق مدبروه وأمهاث أولاده [وعبيده (وعبيد عبيده)^(٢)]، ولا يعتق مكاتبوه إلا بالنية؛ لكون المكاتب مملوكًا من وجهٍ دون وجهٍ فكذاك ههنا؛ وهذا لأن الرمان كما

(١) «الهداية» ٣٦٦/٢، و«الاختيار» ٢٩٥-٢٩٦، و«تبين الحقائق» ٣/ ١٣٠-١٣١،

و«البحر الرائق» ٣٥١-٣٥٢.

(٢) من (ب).

يؤكل تفكها قبل الطعام وبعده يؤكل تداوياً، فكان دواءً من وجه وفاكهةً من وجه (والرطب كما تؤكل تفكها تؤكل تغذيةً، وكذلك العنب، فكان كلٌّ منهما غذاءً من وجه، وفاكهةً من وجه)^(١) فلم يدخل تحت الإطلاق إلاً بالنية^(٢).

قال: (أو إداماً فهو على ما يصطبغ به وحنثه بأكل اللحم والجبن أو البيض مع الخبز ويوافقهما في روايتين).

أورد المسألة في «المنظومة»^(٣) في باب محمد^(٤) رحمه الله وذكر صاحب «الهداية»^(٥) عن أبي يوسف رحمه الله روايتين، وإحدى الروايتين وهو كونه مع محمد^(٤) من الزوائد. محمد^(٤) رحمه الله يقول: هذه الأشياء تؤكل إداماً عرفاً، والإدام من المؤادمة، وهي الموافقة، وهذه موافقة للخبز كاللحم والبيض ونحو ذلك.

ولأبي حنيفة^(٦) رحمه الله أن حقيقة الموافقة في الاجتماع على وجه لا يقبل الفصل أو يقرب منه كالخل والزيت والزبد والمرقة ونحو ذلك، وهذه

(١) من (ب).

(٢) «المبسوط» ١٧٨/٨، و«بدائع الصنائع» ٩٥/٣، و«فتح القدير» ١٢٨/٥، و«تبيين الحقائق» ١٣٠/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٦١/١.

(٣) المنظومة لوحة (٨٩).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣١١-٣١٢، و«المبسوط» ١٧٦-١٧٧، و«فتح القدير» ١٣٠/٥، و«مجمع الأنهر» ٥٦٢/١.

(٥) «الهداية» ٣٦٦-٣٦٧.

(٦) «المبسوط» ١٧٧/٨، و«فتح القدير» ١٣٠-١٣١، و«تبيين الحقائق» ١٣٢/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٣-٣٥٢/٤.

الأشياء قابلة للفصل فلا تكون شديدة الموافقة للخبر، بل هي مجاورة له كالقليل والتمر والبطيخ والعنب في الأصح. فالإدَامُ حقيقةً فيما يصطبغ به، مجاز في غيره، والحقيقة والمجاز لا يجتمعان في لفظ واحد. وقد أريدت الحقيقة في بعض الصور فكذا في الباقية، فكلُّ ما يحتاج أكله إلى موافقة غيره فهو إدَامٌ، وما لا يحتاج فليس بإدَام.

قال: (أو إن أكلت اليومَ إلَّا رغيًّا فعبدي حرٌّ فأكله بأحد هذه لم يحنته، وخالفه).

رجلٌ قال: إن أكلت اليومَ إلَّا رغيًّا فعبدي حرٌّ فأكله بلحمٍ أو جبنٍ أو بيضٍ لم يحنت عند أبي يوسف^(١) رحمته الله؛ لأنه عقد اليمين على الأكل واستثنى رغيًّا، فقد أخرج رغيًّا عن شرط الحنت، فيخرج هو وما كان تبعًا له، وهذه الأشياء تؤكل تبعًا للرغيف عادةً. ويقال: ما أكلت اليومَ إلَّا رغيًّا، وإن اتفق أكله ببعض هذه الأشياء، وصار كما لو أكله ببعض ما يصطبغ به كالخلِّ والملح والعلس.

وقال محمد^(١) رحمته الله يحنت؛ لأنَّ هذه الأشياء تؤكل وحدها وتؤكل تبعًا فلا تثبت التبعية بالشكِّ، فلا يخرج عن اليمين باستثناء الرغيف، فإن قيل: قياسُ هذا الخلاف أن يقول أبو يوسف^(١) رحمته الله في الحلف على أن لا يأكل إدَامًا ما يقوله محمد^(١)، وأن يقول محمد^(١) ما يقوله أبو يوسف^(١) رحمته الله؛ لأنه يقتضي أن من حلف لا يأكل إدَامًا أن لا يحنت بأكل هذه الأشياء مع الخبز عند محمد^(١) رحمته الله؛ لأنه لم يجعلها تبعًا ههنا فلا تكون إدَامًا؛ إذ

(١) «المبسوط» ١٧٧/٨، و«الهداية» ٣٦٧/٢، و«الاختيار» ٢٩٦/٤، و«البحر الرائق»

الإدام ما كان تبعًا ومع ذلك يحنث عنده، وأبو يوسف^(١) قد جعلها تبعًا ههنا فكان قياسُ قوله أن يحنث في فصل الإدام بأكلها؛ لأنَّ الإدام ما يؤكل تبعًا للخبز، ومع ذلك لا يحنث عنده في فصل الإدام، فقد عكسا ما أصلاه.

قلنا: العذرُ لمحمد^(١) أنَّ اليمين ههنا تناولت جميعَ المأكولات، وقد أخرج منها بالاستثناء رغيًا، فلا يخرج منها إلَّا رغيًا وما لا يؤكل إلَّا تبعًا له. وهذه الثلاثة قد تؤكل وحدها فلا تخرج عن اليمين بالاستثناء، وأمَّا في فصل الإدام فاليمينُ معقودةٌ على ما هو إدامٌ مطلقًا فينصرفُ إلى ما هو إدامٌ عرفًا. وهذه إدام عرفًا فيتناولها اليمينُ.

والعذرُ لأبي يوسف^(١) رحمته الله أنها إدام من حيث تؤكل مع الخبز غالبًا، وغير إدام من حيث تؤكل وحدها فلا يحنث مَنْ حَلَفَ لا يأكل إدامًا فأكلها بالشك؛ لكونها إدامًا من وجهٍ دون وجهٍ، وكذا مَنْ حلف لا يأكل اليوم إلَّا رغيًا لم يحنث بالشك، فمن حيث إنها تبعٌ للرغي المستثنى خرجت من اليمين باستثناء الرغي، ومن حيث أنها تؤكل وحدها أنعدت اليمينُ عليها، ودخل في حكمها فلم ينعد عليها بالشك والاحتمال، كما لو قال: لفلان على ألف درهم إلَّا مائة أو خمسين لا تجب عليه إلَّا تسعمائة؛ لوجود الشك في الإقرار بالزائد على تسعمائة؛ لأنَّ الاستثناء تكلمٌ بالحاصل /١٣٨/ بعد الشيا عندنا^(١).

(١) «المبسوط» ١٧٧/٨، و«الهداية» ٣٦٧/٢، و«الاختيار» ٢٩٦/٤، و«البحر الرائق»

قال: (أو لا يتغدى يحنث بالأكل من الفجر إلى الظهر،
أو لا يتعشى فمنه إلى نصف الليل، أو لا يتسحر فمنه
إلى الفجر).

إذا حلف لا يتغدى، فالغداء: الأكل من طلوع الفجر إلى صلاة
الظهر، والعشاء: من صلاة الظهر إلى نصف الليل؛ لأن ما بعد العشاء
يسمى عشيًا، ويسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء، والسحور: مأخوذ
من السحر، فهو ما بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر، وإطلاقه على
ما بعد نصف الليل؛ لقربه من السحر، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به
الشبع في العادة، وعادة كل أهل بلدة معتبرة (على تفهم)^(١) في حقهم،
ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع^(٢).

قال: (أو إن أكلت أو شربت أو لبست) (وخصص لم يسمع
مطلقًا، أو طعامًا أو شرابًا أو ثوبًا فخصص، قبل ديانة).

هاتان مسألتان من الزوائد.

الأولى: إذا قال: إن أكلت أو شربت أو لبست^(٣) فعبدته حرر -بحذف
المفعول- ثم قال: عنت شيئًا دون شيء لم يسمع ديانة ولا قضاء، وهذا
معنى قوله: (مطلقًا) وقد نبه على معنى الإطلاق بقوله في المسألة الثانية:
(قبل ديانة)^(٤).

(١) من (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«الهداية» ٣٦٧/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٦٣/١،
و«اللباب» ٢٢-٢٣/٤.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٩، و«الهداية» ٣٦٧/٢، و«البحر الرائق» ٣٥٤/٤.

المسألة الثانية: إذا قال: إن أكلت طعاماً أو شربت شراباً أو لبست ثوباً فعبدته حرّاً فصرح بالمفعول ثم خصص فقال: عنيث شيئاً دون شيء لم يُدّن في القضاء خاصة، وسمع منه ديانته، والفرق أن النية إنما يصح اعتبارها في الملفوظ، والثوب وما يضاهيه غير مصرح به في المسألة الأولى، وإنما هو ثابت بطريق الاقتضاء، والمقتضي لا عموم له، ونية التخصيص فيما لا عموم له لغو، وأمّا في المسألة الثانية فهو مصرح به، فصحت نية التخصيص؛ لأنه نكرة في محلّ الشرط فاقتضت العموم، إلّا أنه لما كان خلاف الظاهر لم يصدق في القضاء وصدق فيما بينه وبين الله تعالى^(١).

قال: (أو لا يشرب من دجلة فهو على الكرع وحنثاه بالشرب من مائها).

لهما^(٢): أن الشرب بالإناء من مثل هذه اليمين هو المتعارف، يقال: فلان يشرب من نهر كذا، وأهل بغداد يشربون من دجلة، والمراد: ماؤها فانصرفت اليمين إلى ماء دجلة عملاً بالعرف الغالب. وله^(٢): أن الشرب من دجلة حقيقة. هو أن يكون ابتداء الشرب متصلاً بدجلة، وذلك بالشرب منها كرعاً، وأصل أبي حنيفة رحمته الله أن الحقيقة إذا كانت مستعملة فهو أولى من المجاز المتعارف، ولا تترك الحقيقة إلّا إذا تعدّر العمل بها، فحينئذ يكون المجاز أولى.

و«تبين الحقائق» ١٣٣/٣.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٩، و«الهداية» ٣٦٧/٢، و«البحر الرائق» ٣٥٤/٤.

و«تبين الحقائق» ١٣٣/٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢١، و«المبسوط» ١٨٧-١٨٨، و«بدائع الصنائع» ١٠٦/٣.

و«فتح القدير» ١٣٦-١٣٧، و«البحر الرائق» ٣٥٦/٤، و«اللباب» ١٥/٤.

قال: (أو من ماء دجلة حنث بالغرف).

إذا صرَّح فقال: والله لا أشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء (واغترافاً) ^(١) بيده حنث إجماعاً ^(٢)؛ لأنَّ الشرط شرب ماء منسوب إلى دجلة، والغرف لا يقطع النسبة فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة ^(٣).

قال: (ولا يجعل تصور البر شرطاً لانعقاد اليمين المطلقة وبقاء المؤقتة فيحكم بحنثه في يمينه ليشربن ماء هذا الكوز [اليوم] ^(٣) فصب قبل مضيه، أو لياكلن هذا الرغيف فأكل قبله، أو ليقضينه حقه فسقط بالإبراء أو ليقتلنه فمات أو كان جاهلاً بموته، أو إن رأيت عمراً فلم أعلمك فعبدني حرّاً، ثم رآه معه).

ذكر أصلاً لأبي يوسف رحمته الله وبنى عليه فروعه، وفي زيادة هذا الأصل في الكتاب فائدة كيفية التفريع.

قال أبو يوسف رحمته الله: تصور البر ليس شرطاً لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولا في بقاء اليمين المقيدة بالوقت.

وقال أبو حنيفة ^(٤) ومحمد ^(٤) رحمهما الله: هو شرط ويبنى على هذا

(١) في (ج): (أو غير إناء).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢١، و«المبسوط» ٨/ ١٨٧-١٨٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٠٦، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٦-١٣٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٥.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٣، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٧-٣٥٨.

أنه إذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فصَبَّ قبل مضي اليوم. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يبقى يمينه ولا يحنث أبدًا.

وقال أبو يوسف^(١) رحمته الله: يبقى يمينه ويحنث في آخر جزء من أجزاء الوقت حتى تجب عليه الكفارة إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف لو قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأتي طالق. فأهريق قبل (الليل)^(٢) لم يبق اليمين عندهما، وعنده يبقى ويحنث إذا مضى اليوم، وعلى هذا إذا قال: والله لأقتلن فلانًا اليوم. فمات فلان قبل مضي اليوم لا يبقى اليمين عندهما^(٣)، وعنده^(٣) يبقى ويحنث بمضي اليوم، وكذلك لو حلف ليقتلنه وهو جاهل بموته من قبل، وإنما شرط جهله بموته؛ لأنه لو علم بموته تنعقد يمينه بالإجماع، ويحنث في الحال على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو حلف أن يأكل هذا الرغيف، فأكل قبل الليل، أو قال: والله لأقضيَن فلانًا حقه، وفلان قد مات ولا علم له به لم تنعقد اليمين عندهما^(٣)، وعنده^(٣) تنعقد ويحنث في الحال.

وكذلك لو قال: (والله)^(٤) لأقضيَن فلانًا دينه فأبرأه ذلك الرجل. وكذلك إذا قال لزيد: إن رأيت عمرًا فلم أعلمك فامرأتي طالق أو عبدي حرًا، ثم رأى عمرًا مع زيد فسكت ولم يقل شيئًا، أو قال: هذا هو عمرو

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٧٣/٣، و«فتح القدير» ١٣٩/٥، و«البحر الرائق» ٣٥٧-٣٥٨/٤.

(٢) في (ب): (اليوم).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٧١-٢٧٢/٣، و«تبين الحقائق» ١٣٤-١٣٥/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٨-٣٥٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٤-٥٦٥/١.

(٤) من (ب).

لا تُطْلَق عندهما، وعنده تُطْلَق، واقتصر في المتن على قوله: (ثم رآه معه) لاستواء الحكم في السكوت والكلام؛ لفوات الإعلام، وفي بعض نسخ «المنظومة»: ثم رآه معه فما نطق^(١) أو قال: هذا هو، فالعبد عتق، وفي بعضها: ثم رآه معه فما نطق شيئاً ولم يعلمه فالعبد عتق، والنسخة الأولى أصح، ويدل عليه إطلاقه في الحصر، حيث صور المسألة فقال: وعلى هذا إذا قال: إن رأيت فلاناً / ١٣٨ب/ فلم أعلمك فعبدي حر، فرآه مع الرجل لم يحنث عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله؛ لفوات الإعلام، وعند أبي يوسف^(٢) رحمته الله يحنث (لقيام)^(٣) اليمين مع فوات المعقود عليه، والأصل ما مرَّ أن تصور البر شرط عندهما لا عنده. له أنه تارك للمحلف عليه فتلزمه الكفارة في اليمين بالله تعالى، والطلاق والعتاق في اليمين بهما إلا أنه في اليمين المطلقة وليس في الكوز ماء يحنث عند الفراغ منها، وفي المؤقتة إذا مضى الوقت؛ لأن التوقيت للتوسعة فلا يجب عليه البر إلا في آخر جزء من أجزائه، وفي المطلقة يجب البر كما فرغ من اليمين وقد عجز عنه فتلزمه الكفارة، وإن قيل: بل التوسعة في الإطلاق دون التوقيت.

قلنا: هو كذلك إذا كان البر مرجوً كما إذا حلف ليأتين البصرة، وههنا البر غير مرجو إذا أهرق الماء، وإنما يجب البر في المؤقتة في آخر الوقت؛ لأن الفعل الذي لا يمتد إذا أضيف إلى وقت ممتد صار الوقت ظرفاً له

(١) المنظومة لوجه (٦٢).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٧١-٢٧٢/٣، و«تبيين الحقائق» ١٣٤-١٣٥/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٨-٣٥٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٤-٥٦٥.

(٣) في (ب) و(ج): (لبقاء).

لا معيارًا، كصلاة الظهر في وقتها تتعين للأداء آخره على احتمال أن يكون كلُّ جزءٍ منه وقتًا لأدائه باختياره، فإذا لم يفعل تعين الآخر، فكذلك فيما نحنُ فيه الشرب فعل غير ممتد أضيف إلى اليوم فتعين آخره؛ لوجوب البرِّ فينزل على الخلاف، فعندهما البر حينئذٍ غير متصور فلم يحدث فبطلت اليمينُ، وعنده لا يشترط تصوره وهو تاركٌ للمحلول عليه فيحدث.

ولهما: أنَّ رجاء الصدق شرطُ انعقادِ اليمين؛ إذ اليمينُ يعقد على المنع من الفعل أو الحمل عليه أو الصدق في الخبر وذلك إنما يتحقق مع رجاء الصدق، فما لا يتصور فيه لم ينعد عليه اليمينُ كالغموس، بخلاف قوله: لأُصعدنَّ السماءَ أو لأُقلبنَّ هذا الحجرَ ذهبًا، حيث ينعدُ ويحدث في الحال؛ لإمكان دينك في القدرة الإلهية، فانعقد باعتبار (حال)^(١) رجاء الصدق وحدث للعجز الحالي، ولا إمكان في مسألتنا؛ لأنَّ شربَ الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه محالٌ، والقدرة له لا تعلُّق لها (بالمحال)^(١)، وقصارى الأمر أن يحدث الله في الكوز ماءً، لكنه لا يكون الماء المحلول على شربه وقت اليمين.

ولهما: في الفرق بين المطلقة والمؤقتة فيما إذا كان في الكوز ماءً فأهريق فإنه يحدث في قولهم^(٢) جميعًا في اليمين المطلقة، ولا يحدث عندهما^(٣) في المؤقتة أنَّ فوات البر الواجب باليمين يستلزم وجوب

(١) من (ب).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٧١-٢٧٢/٣، و«تبين الحقائق» ١٣٤-١٣٥/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٨-٣٥٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٤-٥٦٥/١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٧-٣١٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٧١-٢٧٢/٣، و«تبين الحقائق» ١٣٤-١٣٥/٣، و«البحر الرائق» ٣٥٨-٣٥٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٤-٥٦٥/١.

الكفارة، وقد تحقق بإراقة الماء في الحال فيتحقق العجزُ عنه عادةً فيجب الحنث، كما إذا مات الحالفُ والماء باقٍ، وفي المؤقتة إنما يجب البرُّ في الجزء الأخير، ولمَّا أهرىق الماءُ قبله لم يجب البرُّ عند الجزء الأخير؛ لعدم رجاءِ الصديقِ إذ ذاك، فلم يبق اليمينُ كما لو عقدها ابتداءً في هذه الحالة، ولو قال: والله لأقتلن زيدًا وهو يعلمُ بموته ينعقدُ يمينُهُ ويحنثُ في الحال؛ لتصور البرِّ لتعلق القدرة الإلهية بإحيائه، فصار كقوله: لأصعدنَّ السماء.

والفرقُ بين علمه بحياته وجهله بها: أنه إذا لم يعلم بموته فإنما عقد يمينه على تفويت حياته الموجودة فيه، وهي معدومةٌ حال اليمين فصار كشربِ الماء الذي في الكوزِ ولا ماء فيه، أمَّا إذا علمَ بموته فاليمينُ على حياةٍ يحدثها الله فيه فانعقدت باعتبار القدرة، وحنث للعجز الحالي حتى لو قال: لأقتل هذا الميت لا ينعقد يمينه أصلًا لموضع الاستحالة؛ لأنَّه عقَدَ يمينه على تفويت حياةٍ معدومةٍ حال اليمين، ولو أحدث الله فيه حياةً لم تكن هي المحلوفُ على تفويتها؛ لأنَّ هذه موجودةٌ وتلك معدومةٌ؛ ولهذا وقع الفرقُ في هذه المسألة بين العلم وعدمه، ولم يفرق في مسألة الكوز بين العلم بالماء وعدمه؛ لما مرَّ أنَّ الماء الموجودَ بعد اليمين، والعلمُ ليس هو الماء الذي عقد يمينه على شربه، بخلاف مسألة القتل فإنه إذا كان عالمًا بموته أنعقد اليمينُ إجماعًا^(١)؛ لأنَّ الله تعالى إذا أعاد فيه الحياة كان هو عينُ ذلك المحلوف على قتله، فكان قتله

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٧-٣١٨، و«مختصر أختلاف العلماء» ٢٧١/٣-٢٧٢، و«تبين الحقائق» ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ٥٦٤/١-٥٦٥.

متصورًا، فكان كالحلف على مسّ السماء.
ولقائل أن يقول: إنَّ عود نفسِ الماء الذي أهرى من الكوز إليه متصورٌ
في القدرة الإلهية كتصور عود الروح إلى البدن بعينه، وعلى هذا لا فرق بين
المسألتيْن في تفصيل العلم فيهما وعدمه.

قال: (وحكمنا بانعقادها على المستحيل عادةً، وبالحنث في
الحال).

إذا قال: والله لأصعدنَّ السماء أو لأقلبنَّ هذا الحجر ذهبًا.
قال زفر^(١) رحمه الله: لا تنعقد يمينه إلحاقًا للمستحيل العادي بالمستحيل
لذاته.

وقال علماؤنا: تنعقد يمينه (موجبًا)^(٢) لحلفه؛ لتصور البرِّ حقيقة؛
نظرًا إلى الإمكان الذاتي، وتعلُّق القدرة بالممكنات ثم يحنث؛ نظرًا إلى
العجز الحالي الثابت بحكم العادة، كما إذا مات الحالف فإنه يحنث
وإن كان إعادة الحياة إليه ممكنة في القدرة، بخلاف مسألة الكوز؛
لأنَّ شرب الماء الذي في الكوز وقت اليمين ولا ماء فيه لا يتصور فلم
ينعقد أصلًا^(١).



(١) «الهداية» ٣٦٨/٢، و«الاختيار» ٢٩٩/٤-٣٠٠، و«البحر الرائق» ٣٥٩/٤،

و«اللباب» ٢٤/٤.

(٢) في (ب): (موقتًا).

فصل في اليمين

في الكلام واللبس (والتحلي) ^(١) / ١٣٩ /

قال : (ومن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو نائم بحيث يسمع حنث ، وإيقاظه شرط في رواية).

وجه الرواية الأولى : أن شرط الحنث متحقق ، وهو حصول الكلام منه ووصوله إلى سماعه وعدم الفهم ؛ بسبب النوم ينزل منزلة التغافل إذا ناداه بحيث يسمع ولم يفهم لتغافله ، وفي (بعض) ^(٢) روايات «المبسوط» ^(٣) : بشرط أن يوقظه الكلام ، وعلى هذه الرواية أكثر المشايخ . ووجهها : أنه إذا لم يكن الكلام موقظا له ينزل منزلة المناداة من بعد وهو بحيث لا يسمع صوته ، وهذه الرواية من الزوائد ^(٤) .

قال : (أو إلّا بإذنه فأذن ولم يعلم فكلّمه لم يحنثه).

قال أبو يوسف ^(٥) : إذا قال : والله لا أكلّمه إلّا بإذنه . فأذن له لكنه لم يعلم بإذنه فكلّمه بعد ذلك لا يحنث ؛ لأن الإذن إطلاق ورضاء وقد وجد .

وقال ^(٥) : يحنث ؛ لأن الإذن مشتق من الأذن الذي هو الإعلام ، أو من الوقوع في الأذن ، وذلك يتوقف على السماع . والرضا من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن ، وقد مرّ مثل هذه المسألة ^(٥) .

(١) في (ج) : (والحلي).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ٢٢/٩ .

(٤) «المبسوط» ٢٢/٩ ، و«الهداية» ٣٦٨-٣٦٩/٢ ، و«تبيين الحقائق» ١٣٦/٣ ، و«اللباب» ١٦/٤ .

(٥) «الهداية» ٣٦٩/٢ ، و«البحر الرائق» ٣٦٠/٤ ، و«اللباب» ١٦/٤ .

قال: (أو شهرًا ابتداءً من حين حلف).

هذه من الزوائد، إذا حلف لا يكلمه شهرًا فهو من حين حلف؛ لأنه لو لا تقييده بالشهر لما بدت اليمين فكان ذكره مخرجًا لما وراءه فبقي الذي يلي يمينه هو الداخلُ بدلالة الحال، وهذا بخلاف قوله: لأصومن شهرًا؛ لأنه لو (لم)^(١) يقيده بالشهر لا يتأبد اليمين، بل ينصرف إلى ما يصدق عليه أسم الصوم، فكان ذكر الشهر لتقدير مدة الصيام وهو منكر فكان التعيين إليه^(٢).

قال: (أو لا يتكلمم فقرأ في الصلاة: لم يحنث).

إذا حلف لا يتكلمم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث، وإن قرأ في غير الصلاة حنث، وعلى هذا لو سبَّح أو هلَّل أو كَبَّر، وهذا أستحسان، والقياس أن يحنث فيهما؛ لكون ذلك كلامًا حقيقة.

ووجه الاستحسان: أن القراءة في الصلاة لا تُعدُّ كلامًا عرفًا ولا شرعًا^(٣).

قال ﷺ: «إن هذه صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»^(٤)، وقد قيل في عرفنا: لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلاة أيضًا؛ لأنه لا يسمى متكلمًا بل قارئًا ومسبحًا ومهللاً^(٥).

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٩، و«الاختيار» ٢٨٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٧/١، و«اللباب» ٢٠-٢١.

(٣) «المبسوط» ٢٢/٩، و«الهداية» ٣٦٩/٢، و«البحر الرائق» ٣٦٣/٤، و«اللباب» ١١/٤.

(٤) رواه مسلم (٥٣٧).

قال: ((أو لا يقرأ كتاب فلانٍ ففهمه أو لا يكلمه حتى يكلمه فاستبقا: لم يحثه فيهما، وخالفه)).

هاتان مسألتان:

الأولى: رجلٌ حلف لا يقرأ كتاب فلانٍ، فنظر إليه وفهم ما فيه لم يحث عند أبي يوسف ^(١) رحمته الله؛ لأنه ليس بقارئٍ حقيقةً، ولهذا لا تفسدُ صلاته لو كان في الصلاة، ولا يجزئه عن القراءة لو نظر في المصحف ففهم ما فيه. وعند محمد ^(٢) رحمته الله يحث اعتبارًا للعرف؛ إذ المتعارف من قراءة الكتب هو فهمها سواءً أجري اللفظ بها أولاً بخلاف الصلاة، إذ المعتبر فيها (هو) ^(٣) القراءة.

والمسألة الثانية: رجلٌ قال: والله لا أكلمك حتى تكلمني فتكلما معًا متخاطبين. قال أبو يوسف ^(٣) رحمته الله: لا يحث؛ لأنَّ معناه أني لا أسبقك بكلامٍ ولم يسبقه فلم يحث.

وقال محمد ^(١) رحمته الله: يحث؛ لأنه منع نفسه بواسطة هذه اليمين عن أن يكلمه إلى غاية كلامه إيَّاه، فلمَّا كلَّمه قبل أن يُكلمه هو، فقد وجد كلامه قبل الغاية، فوجد شرط الحث فيحث ضرورةً.

(١) «المبسوط» ٢٣/٩، و«بدائع الصنائع» ٨٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٦٣/٤-٣٦٤.

(٢) من (ب).

(٣) «بدائع الصنائع» ٨٦/٣.

قال: (أو لا يكلم عبد فلانٍ أو امرأته أو صديقَه، أو لا يدخلُ دارَه ففَعَلَ بعدَ البيعِ والإبانةِ والعداوةِ لم يحنثَ، وحنثُه في إضافةِ النسبةِ في رواية).

لأنَّ هذهَ اليمينَ معقودةٌ على فعلٍ واقعٍ في محلٍّ مضافٍ إلى فلانٍ، إمَّا إضافةً ملكٍ أو نسبةٍ ولم توجد فلم يحنث^(١).

قال صاحبُ «الهداية»^(٢) رحمه الله: هذا في إضافةِ الملكِ متفقٌ عليه، وفي إضافةِ النسبةِ يحنثُ عند محمد^(٣) رحمه الله، كالمرأةِ والصديقِ، ذكره في الزياداتِ، والتنبيهُ على الروايةِ من الزوائدِ، وهذه هي المذكورةُ في «المنظومة»، والخلافُ فيها مع أبي حنيفة^(٤) رحمه الله، ولا قولَ لأبي يوسف^(٥) رحمه الله.

والمذكور في «الهداية»^(٢) قوله: ورواية الكتابِ وهي إطلاق (عدم)^(٤) الحنثِ روايةً «الجامع الصغير»^(٥).

وجه قول محمد^(٣) رحمه الله: أنَّ المقصودَ هو المضافُ دون المضافِ إليه ولا ينجرم هذا الأصلُ إلَّا أن يكون المضافُ لا يمكن قصدهُ فيكون المضافُ إليه حينئذٍ مقصودًا، وههنا كلُّ من الزوجةِ والصديقِ المعروفين

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٨، و«فتح القدير» ١٥٠/٥، و«الاختيار» ٢٩١/٤، و«اللباب» ١٣/٤.

(٢) «الهداية» ٣٧٠/٢.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٩/٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٣١٨، و«فتح القدير» ١٥٠/٥، و«الاختيار» ٢٩١/٤، و«اللباب» ١٣/٤.

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الجامع الصغير» ص ٢٦٤-٢٦٥.

يمكن قصدهما؛ لأنَّ الحرَّ يُعادى ويهجرُ لعينه فلا يكونُ المضافُ إليه مقصودًا، فتحمل الإضافة على تعريف المقصود؛ ولهذا لا يحث بكلام امرأة وصديق حدثا له بعد ذلك.

ولأبي حنيفة^(١) رحمته الله: أنَّ المضاف والمضاف إليه يجوزُ أن يكونَ كلُّ منهما مقصودًا من وجهٍ فوجب اعتبارهما، وهذا بأن يكون قد لحقه غيظٌ من جهة المضاف إليه بسبب المضاف، فيكون ذكرُ المضاف إليه لإظهار غيظه منه، وذكرُ المضاف لتقييد اليمين به، وجاز أن يكون ذكرهما لإظهار غيظ لحقه من المضاف بسبب المضاف إليه، فكان الداعي إلى اليمين هو الإضافة لغرض التقييد، ولولا ذلك لعدل إلى الإشارة عن الإضافة، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للمضاف إليه زوجةٌ معروفةٌ أو صديقٌ معروفٌ؛ لأنَّ الإضافة حينئذٍ لا يكون الغرض منها تقييد اليمين؛ لأنَّ الغيظ من المعلوم / ١٣٩ ب/ والمجهول لا يُتصورُ فيحثُّ بكلام كل صديق ينسبُ إليه، وكلُّ زوجةٍ تُنسبُ إليه وقت الكلام، بخلاف ما نحن فيه إذا كانت له زوجةٌ وصديقٌ معروفان لتقييد اليمين بهما فلا يتناولُ غيرهما^(٢).

قال: (وإنَّ زادَ الإشارةَ حنثٌ في المرأةِ والصديقِ، وحنثه في العبدِ والدارِ أيضًا).

إذا قال: والله لا أكلم عبدًا فلانٍ هذا، أو امرأته هذه، أو صديقه هذا، أو لا أدخل داره هذه فدخلها بعد البيع وكلمهم بعد انفصال الإضافة حنثٌ

(١) «مختصر الاختلاف العلماء» ٢٦٩/٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٣١٨، و«فتح القدير» ١٥٠/٥، و«الاختيار» ٢٩١/٤، و«اللباب» ١٣/٤.

(٢) «الهداية» ٣٧٠/٢، و«البحر الرائق» ٣٦٦/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٨/١.

في المرأة والصديق، ولم يحنث في العبد والدار عند أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد -وهو قول زفر^(١)- رحمهما الله: يحنث فيهما أيضًا؛ لأن الإضافة للتعريف، والإشارة أبلغ في التعريف من الإضافة فلغث الإضافة، واعتبرت الإشارة فتعلقت اليمين (بالعين)^(٢) وصار كالصديق والمرأة.

ولهما: أن للإضافة تأثيرًا كما للإشارة تأثيرًا، فإن المراد بالإضافة هجران المضاف إليه إظهارًا لغيظ لحقه من جهته، والمراد بالإشارة: تقييد اليمين بهذا المحل؛ لجواز أن يكون ذلك الغيظ بسبب هذا المحل، فإذا تغير ما هو المراد بهما وجب اعتبارهما جميعًا، ويكون شرط الحنث الدخول الواقع في تلك الدار، وكلام ذلك العبد حال كونه وكونها مضافين إلى فلان، ولم يوجد لبطلان أحدهما وهو الإضافة فبطلت اليمين، بخلاف المرأة والصديق؛ لأنه لا تأثير للإضافة فيهما، وإنما التأثير لمعنى في ذاتهما؛ إذ المراد من الإضافة التعريف فيهما لا غير. مثل الإشارة فلما اتحد المقصود رجحنا جانب الإشارة؛ لكونها أبلغ في التعريف.

والتنبيه على الخلاف في العبد من الزوائد^(١).

(١) «الهداية» ٣٧٠/٢، و«تبين الحقائق» ١٣٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٦٦/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٦٨/١.

(٢) من (ب) و(ج).

قال: (أو صاحبُ هذا الطيلسانِ أو هذا الشابُّ فكلمه بعدما باعه أو شاخ حنث).

هاتان مسألتان:

أما الأولى: فإذا قال: والله لا أكلم صاحبَ هذا الطيلسان. فكلمه بعدما باعه أو شاخ حنث؛ لأنَّ هذه الإضافة لا تفيدُ ههنا إلا التعريفَ لا غير، إذ الإنسانُ لا يعادى لمعنى في الطيلسان^(١)، (فكان)^(٢) كالإشارة^(٣).

الثانية: إذا حلف لا يكلم هذا الشابَّ فصار شيئاً فكلمه حنث؛ لأنَّ الحكمَ تعلّقَ بالمشارِ إليه، والصفةُ في الحاضر لغو^(٤).

قال: (أو حيناً أو زماناً أو عرّفهما وقع على ستّة أشهر).

لأنَّ الحينَ يُطلقُ على الزمانِ القليل، قال الله تعالى: ﴿فَسَبَّحْنَاهُ لِيْلَةٍ نُسُوتِ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، ويطلق على أربعين سنة. قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، ويُطلق على ستّة أشهر. قال تعالى: ﴿تَوَقَّ أَكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥]، وهذا أولى بانصراف اليمين عند الإطلاقِ إليه، لأنَّ الزمانَ اليسيرَ لا يقصدُ بالامتناع فيه (عن

(١) الطيلسان: تعريب تالشان، وجمعه طيلاسه - وهو من لباس العجم مدور أسود ومنه قولهم في الشتم: يا ابن الطيلسان يراد أنك أعجمي. «المغرب» ٢٣/٢ مادة طلس.

(٢) في (ب): (فصار).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٩، و«المبسوط» ٨/١٦٥، و«مجمع الأنهر» ١/٥٦٨، و«اللباب» ٤/١٣.

(٤) «الهداية» ٢/٣٧٠-٣٧١، و«فتح القدير» ٥/١٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/١٣٩، و«اللباب» ٤/١٣.

الكلام؛ لوقوع الأمتناع فيه عادةً، والزمان الطويل لا يُقصدُ في الغالب لتنزله منزلة الأبد. ألا ترى أنَّ اليمينَ يتأبَّدُ لو سكت (عنه) ^(١) ^(٢) فيتعين نصفُ العام، وكذلك الزمانُ يستعملُ استعمالَ الحين، يقال: ما رأيتك منذ حينٍ ومنذ زمانٍ بمعنى واحد، وهذا عند عراءِ الكلام عن نية الحالف، فإذا نوى اعتبرت نيته؛ لأنه نوى حقيقةً كلامه ^(٣).

قال: (أو دهرًا فهو موقوف، وجعلناه كالحين).

إذا حلف لا (يكلمه) ^(٤) دهرًا.

قال أبو حنيفة ^(٥) رحمه الله: لا أدري ما الدهرُ، والخلاف واقعٌ في المنكرِ دون المعرَّف هو الصحيح، وقول صاحبِ «المنظومة» ^(٦) والدهرُ لا يُدرى لدى الإمام تأوَّل كأنه حكى فيه لفظَ الإمام رحمه الله، ولألا فهو في الشرح صورةُ المسألة في المنكر.

لهما: أنَّ الدهرَ والحين يستعملُ أحدهما مكانَ الآخر، (يقال) ^(٧): لم أرك منذ دهرٍ ولم أرك منذ حينٍ بمعنى.

ولو حلف لا يكلمه حينًا فهو على سَنَةِ أشهر، فكذلك دهرًا.

(١) من (ج).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٠، و«المبسوط» ١٦/٩، و«البحر الرائق» ٣٦٨/٤، و«اللباب» ٢٠-٢١/٤.

(٤) في (ب): (لا يكلم فلانًا).

(٥) «المبسوط» ١٦-١٧/٩، و«الهداية» ٣٧١/٢، و«الاختيار» ٢٩٢-٢٩٣/٤، و«تبيين الحقائق» ١٤٠/٣.

(٦) المنظومة لوجه (٣).

(٧) في (أ): (يقول).

وله: أَنَّ الحينَ المَعْرَفَ باللامِ ينصرفُ إلى سِتَّةِ أشهرٍ إجماعًا، والدهرُ المَعْرَفُ باللامِ ينصرفُ إلى الأبدِ إجماعًا، وذلك دليلٌ على عدمِ اتِّحادِ المعنى حالة التنكير، إذ لو اتَّحدَ حالة التنكيرِ لاتَّحدَ حالة التعريفِ؛ لأنَّ الزائدَ عليهما حالة التنكير، وهما دالَّانِ على معنى واحدٍ ليس إلَّا التعريف، وقد كانا متساويين في الدلالة حالة التنكير، فوجب التساوي حالة التعريف، (لأنَّ)^(١) الزائد الواحد على المتساويين لا يُوجبُ فيهما اختلافًا بالضرورة.

ثم إنَّ اللغاتِ لا تدرك قياسًا، والعرفُ قد اختلف استعماله فيه فلم يستمرَّ على ما ينصرفُ إليه عند الإطلاق، فوجب (التعريف)^(٢) (٣).

قال: (أو أيَّامًا أو شهورًا أو سنين، فوقَّعَ على ثلاثة، وإن عرَّفَها فهي عشرة، وقالوا: أسبوعٌ وسنةٌ والعمرُ).

إذا حلفَ لا يكلمه أيَّامًا أو شهورًا أو سنين بالجمع المنكر فهو واقعٌ على ثلاثة من كل صنفٍ؛ لأنه جمع منكر، فيتناول المتيقن منه وهو الثلاث وإن عرَّفَها فقال: لا أكلمه الأيَّامَ أو الشهورَ أو السنين فهو عند أبي حنيفة^(٤) كَلَّمَته على عشرة أيَّام، وعشرة أشهر، وعشر سنين.

وقالوا^(٢): في الأيَّام هو واقعٌ على سبعة أيَّام، وفي الأشهر على اثني

(١) في الأصل: (إلا).

(٢) «المبسوط» ١٦-١٧، و«الهداية» ٣٧١/٢، و«الاختيار» ٢٩٢-٢٩٣، و«فتح القدير» ١٥٥/٥، و«تبيين الحقائق» ١٤٠/٣.

(٣) في (أ): (التوقف).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٠-٣١١، و«المبسوط» ١٧/٩، و«مجمع الأنهر» ٥٦٩/١، و«اللباب» ٢١/٤.

عشر شهرًا، وفي السنين على العمر؛ لأنَّ الجمعَ المَعْرَفَ ينصرفُ إلى المعهود ههنا، والأَيَّامُ المعهودةُ هي الأَيَّامُ السبعةُ، والشهورُ المعهودةُ هي شهورُ السنة، وليس للسنين معهودٌ فانصرف إلى العمر.

وله: أنَّ هذه الأَيَّامَ ليست للمعهود إذ لا معهود، (إلا) ^(١) للجنس؛ لأنَّه يلغو ذكرُ الأَيَّامِ حينئذٍ ١٤٠/ لأنه لو أسقطها من الكلام أنصرف إلى العمر فوجب صرفه إلى ما هو جنسُ الأَيَّامِ تسميةً، أعني: أقصى ما يذكر منها بلفظ الجمع، وذلك عشرة؛ لأنَّ الجمعَ المنكرَ واقعٌ على الثلاثة والمعرفَ أكثرُ منه ^(٢).

ألا ترى أنك تقول: صحبتك أَيَّامًا من الأَيَّامِ، ولا تعكس بالمفهوم ههنا من المَعْرَفِ.

أمَّا الكلُّ حقيقةً أو الكل تسميةً وهو العشرة أو ما دون هذا وذاك، والأوّل لا سبيل إليه وإلا يلزم إلغاء ذكر الأَيَّامِ ولا إلى الثلاث؛ لأنه ما من عددٍ دون الكل حقيقةً ولا تسميةً إلّا ويمكن أنتزاعه من الجمع المَعْرَفِ، (فلا يتعين شيءٌ منه؛ لعدم الأولوية، وكلُّ ما يمكنُ أنتزاعه من الجمع المَعْرَفِ) ^(٣) يكونُ المَعْرَفُ أكثرَ منه بالضرورة فلا يكون هو الزمان الذي عقد عليه اليمين بالجمع المَعْرَفِ فتعين الثاني وهو العشرة ضرورة ^(٢).

(١) في (أ): (ولا).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٠-٣١١، و«المبسوط» ١٧/٩، و«مجمع الأنهر» ١/٥٦٩، و«اللباب» ٢١/٤.

(٣) ساقط من (ب).

قال: (ومن حلف على نفي فعل تركه أبداً، أو على فعله فعله مرة).

إذا حلف لا يفعل كذا وجب عليه الترك أبداً؛ لأنه نفي عام يعمُّ الامتناع بعمومه، وإذا حلف ليفعله فعله مرة واحدة، وقد برّ في يمينه؛ لأنَّ الملتزم حقيقة الفعل وهو في سياق الإثبات فلا يعمُّ ولا يتكرر فيبرُّ بأي فعل فعله، وإنما يحنث إذا وقع اليأس عن فعله، إمّا بموته أو بفوات محلّ الفعل^(١).

قال: (ومن استحلفه الوالي ليعلمنه بمكانٍ داعرٍ اختصَّ بحالٍ ولايته).

الداعر: الفاسق الخبيث المفسد من دُعر - بالكسر - يُدعر - بالفتح - دعراً، ومنه أخذت الدعارة دعور دعر - بالكسر - ردي كثير الدخال، وإنما اختصت اليمين بحال ولاية المستحلف؛ لأنَّ المقصود من الاستحلاف بالإعلام دفع شرّه وفساده أو شر غيره بواسطة زجره، وهذا المقصود يفوت بالإعلام حال فوات الولاية، إمّا بالموت أو بالعزل في ظاهر الرواية^(٢).

قال: (ولو قال لامرأته ما أكتسيه من غزلك هدي، فاشتري قطناً فغزلته (بعد اليمين)^(٣) فغزلته (ونسجت)^(٤))

واكتسب منه فهو حانث، وشرطاً ملكه يوم النذر).

رجلٌ قال لامرأته: كلُّ (ثوبٍ أكتسيه)^(٤) من غزلك فهو هدي، فاشتري

(١) «الهداية» ٢/٢٧٩، و«الاختيار» ٤/٣٠٧، و«تبيين الحقائق» ٣/١٤٠-١٤١.

(٢) «الهداية» ٢/٢٧٩، و«الاختيار» ٤/٣٠٧، و«اللباب» ٤/١٦.

(٣) من (ب). (٤) في (ب) و(ج): (ما ألبسه).

قطناً بعد اليمين فغزلته فنسجه واكتسَى به يَلْزَمَهُ أَنْ (يَهْدِيهِ)^(١)، (والمراد بالهدي: التصدقُ به بمكة؛ لأنه أَسْم لما يهدى إليها. وهذا عند أبي حنيفة^(٢)).

وقالا^(٣): ليس عليه أن يهديه^(٣) إِلَّا أَنْ تَغْزَلَ قطناً ملكه يوم النذر. لهما: أَنْ النَّذْرَ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ أَوْ مِثْلَهُ مِثْلَهُ إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ، لَأَنَّهُ إِجَابٌ لِلتَّصَدُقِ فَيَعْتَمِدُ الْمَلِكُ، إِذِ التَّصَدُقُ بِمَلِكٍ الْغَيْرِ لَا يَصِحُّ وَلَمْ يَوْجَدْ؛ لِأَنَّ اللَّبْسَ وَغَزَلَ الْمَرْأَةِ لَا يَكُونُ مِنْ أَسْبَابِ مَلِكِهِ.

وله: أَنْ غَزَلَهَا لِلزَّوْجِ سَبَبٌ لِمَلِكِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ غَضِبَ قَطْنًا فغزلته كَانَ مَلِكًا لِلزَّوْجِ (دونها على أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِنَّمَا تَغْزِلُ لَزَوْجِهَا، فَكَانَتْ إِضَافَتُهُ إِلَى غَزَلِهَا كَالْإِضَافَةِ إِلَى غَزَلِهَا لِلزَّوْجِ)^(٤) وَهُوَ سَبَبٌ لِمَلِكِهِ، فَكَانَ مَا وَجَدَ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: كُلُّ ثَوْبٍ أَكْتَسِيَهُ مِنْ مَغْزُولٍ مَمْلُوكٍ لِي بِغَزْلِكَ فَهُوَ هَدِيٌّ، وَلَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ كَانَ النَّذْرُ مِثْلَهُ إِلَى الْمَلِكِ فَيَصِحُّ فَكَذَا هَذَا^(٥).

قال: (وشرطُ الحنثِ بالتحلي لبسُ اللآلئِ مُرْصَعَةً، وقالوا:

وحدها، وقيل: الخلافُ عرْفِيٌّ فَيَفْتَى بِقَوْلِهِمَا).

قال أبو حنيفة^(٥): إِذَا حَلَفَتِ الْمَرْأَةُ أَنْ لَا تَلْبَسَ حُلِيًّا فَلَبِسَتْ لَوْلَوْ غَيْرَ

(١) في (ج): (يهدى به).

(٢) «الهداية» ٣٧٧/٢، و«تبين الحقائق» ١٥٤-١٥٥/٣، و«البحر الرائق» ٣٩١/٤.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٢، و«المبسوط» ٢٩-٣٠/٩، و«فتح القدير» ١٩١/٥،

و«البحر الرائق» ٣٩٢/٤، و«تبين الحقائق» ١٥٥/٣.

مرصع في ذهب أو (في)^(١) فضة لم تحنث، وإنما تحنث إذا لبست لؤلؤاً مرصعاً، وقال^(٢): إذا لبست اللآلئ وحدها حنثت، وعلى هذا الخلاف إذا لبست عقدًا من زبرجد أو زمرد غير مرصع.
لهما: أن عقد اللؤلؤ وحده حلي.

وله: أن العادة لم تجر التحلي بها وحدها من دون أن تكون مرصعة، وقيل على قول أبي حنيفة^(٣) رحمته الله: لا يكون التحلي بالذهب أو الفضة وحده، إلا أن يكون مصوغاً، كما أن اللؤلؤ لا يكون حلياً إلا مرصعاً حتى لو حلفت ألا تلبس حلياً فعلفت في عنقها شيئاً من الذهب أو الفضة غير مصوغ لم تحنث، وقيل: إن هذا الخلاف بناءً على العرف، وأما في الحكم فلا خلاف في الحقيقة، وزاد في المتن التنبيه على هذا القول والفتوى به، ذكره في «الهداية»^(٣).



(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٣٧٧/٢، و«تبيين الحقائق» ٣/١٥٤-١٥٥، و«البحر الرائق» ٣٩١/٤.

(٣) «الهداية» ٣٧٧/٢.

فصل في اليمين

في البيع والشراء والتزوج وتقاضي الدراهم

قال: (ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو يؤاجر فوكل به لم يحنث، أو لا يتزوج، أو لا يطلق، أو لا يعتق فوكل به حنث).

أما الأول: فلأنَّ عقدَ البيعِ والشراءِ والإجارةَ صادرٌ من العاقدِ فلم يوجد شرطُ الحنث من الحالف؛ ولهذا فإنَّ حقوقَ العقدِ ترجع إلى العاقد، وليس الثابتُ للأمرِ إلَّا حكمُ العقدِ، فإن نوى الحالفُ التوكيلَ صدق؛ لأنَّ فيه تشديدًا على نفسه، أو يكون الحالفُ غيرَ معتاد بأن يعقدَ هذه العقود بنفسه؛ لكونه ذا سلطان وغيره فيحنث؛ لأنه يمنع نفسه عما يعتاده^(١).

وأما الثاني: فلأن (الوكيل)^(٢) في النكاح والطلاق والعتق سفيرٌ ومعبّرٌ، ألا ترى أنَّه لا يضيف العقدَ إلى نفسه وإنما يضيفه إلى موكله، وحقوق العقد فيه راجعٌ إلى الأمر لا إليه^(٣).

فروع: ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته، فأمر غيره ففعل حنث؛ لأنَّ المالكَ له ولايةُ التصرفِ بضرب العبدِ وذبح الشاةِ، فيلي توليته غيره / ١٤٠ب/ والمنفعةُ راجعةُ إلى الأمر فيجعل مباشرًا حكمًا،

(١) «الهداية» ٣٧٤/٢، و«الاختيار» ٣٠٦/٤، و«البحر الرائق» ٣٧٥/٤، و«اللباب» ١٨/٤.

(٢) في (ب): (التوكيل).

(٣) «مختصر أختلاف العلماء» ٢٧٤/٣، و«المبسوط» ٩/٩، و«تبين الحقائق» ١٤٨/٣، و«اللباب» ١٩/٤.

إذ لا حقوق ترجع إليه^(١)، ولو قال: عنيث أن لا يأتي ذلك نفسي صدق ديانة وقضاء. ولو قال في الطلاق والعتاق: عنيث أن لا ألتلف به لم يدن في القضاء خاصة^(١).

والفرق أن الطلاق ليس إلا تكلمًا بكلام يفضي التكلم به إلى وقوع الطلاق، والأمر به مثل التلفظ به في الإفضاء إلى الوقوع، ولفظ الحلف ينتظمهما، فإذا نوى التكلم به فقد نوى تخصيص العموم فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء.

أما الضرب والذبح ففعلٌ حسيٌّ والنسبة إلى الأمر بكونه سببًا فيه مجاز، (فأما)^(٢) فإذا نوى الفعل منعه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء. ومن حلف لا يضرب ولده فأمر آخر فرضه لم يحث^(٣).

والفرق بين الولد والعبد: أن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد وهو التأديب والتثقيف فلم ينتسب فعله إلى (الأمر)^(٤)، وأما العبد فمنفعة ذلك راجع إلى مولاه وهو الأتمار له، فأضيف الفعل إليه^(٥).

ومن قال: إن بعث لك هذا الثوب فعبدني حرًّا، فدرس ذلك الثوب في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحث؛ لأن اللام داخله على البيع فيقتضي

(١) «الهداية» ٣٧٤/٢، و«فتح القدير» ١٧٥/٥، و«الاختيار» ٣٠٦/٤، و«البحر الرائق» ٣٧٧/٤، و«تبين الحقائق» ١٤٣/٣.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٣٧٤/٢، و«الاختيار» ٣٠٦/٤، و«البحر الرائق» ٣٧٧/٤، و«تبين الحقائق» ١٤٣/٣.

(٤) في (ب) و(ج): (الآخر).

(٥) «الهداية» ٣٧٤/٢، و«الاختيار» ٣٠٥/٤، و«البحر الرائق» ٣٧٧/٤، و«تبين الحقائق» ١٤٨/٣.

أختصاصه به، وذلك هو أن يفعله بأمره؛ لأنَّ البيع مما تجري فيه النيابة ولم يوجد فلم يحنث. ولو قال: إن بعثُ ثوبًا لك حنث ببيعِ ثوبٍ مملوك له؛ لدخول اللام الدالة على التخصيص على الثوبِ فاقتضى ذلك حنثه ببيعِ ثوبٍ مملوكٍ له مختص به فيحنث بالبيع، سواء علم به أو لم يعلم، أمر به أو لم يؤمر^(١).

قال: (أو لا يتزوجها أو لا يشتريه بالكوفة فقبل بها إيجاب فضولي وأجيز بالبصرة لم يحنثه، وخالفه وهو ظاهرُ المذهب).

رجلٌ حلف لا يتزوج امرأةً بالكوفة فتزوج بها امرأةً بغير رضاها. بأن زوجها منه فضوليٌّ ثم أجازت النكاح وهي بالبصرة، أو حلف لا يشتري شيئًا بالكوفة فقبل إيجاب فضولي ثم أجيز البيع بالبصرة. قال أبو يوسف^(٢) رحمته الله: لا يحنث؛ لأنَّ تمامَ العقدِ بنفاذه، والنفاذُ بالإجازة، والإجازة حاصلةٌ بالبصرة، فكان تمامُ العقدِ بالبصرة فلا يحنث. وقال محمد^(٣) رحمته الله: يحنث، والمذكور في «الجامع الصغير»^(٤) أنه ظاهرُ المذهب. والتنبيه عليه من الزوائد.

ووجه الحنث أنَّ العقدَ الموجود منه بالكوفة هو النافذُ بالإجازة؛ لأنَّ النفاذَ يثبت عند الإجازة مستندًا إلى وقتِ العقد^(٤)، فكان النكاحُ النافذُ موجودًا منه بالكوفة؛ ولهذا كان الشهودُ شرطًا حين العقد لا حين الإجازة.

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٥-٥٦٧.

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٣٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٨.

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٤) في (ب): (العهد).

قال: (أو لا يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبله أو قبل ولم يقبضه حكمنا بحتثه).

إذا حلف أنه لا يهب عبده من فلان فوهبه إياه فلم يقبل فلان هبته، أو قبله ولكن لم يقبضه.

قال زفر^(١) رحمه الله: لا يحنث؛ لأنه عقد تملك فأشبه البيع، وفي البيع لا يحنث مالم يملكه المشتري بالقبول، فوجب أن لا يحنث في الهبة مالم يملكه الموهوب له بالقبول والقبض.

ولهذا قال زفر رحمه الله: إذا حلف لا يبيعه فباعه بيعاً فاسداً لا يحنث مالم يملكه المشتري بالقبض.

ولنا^(١): أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع؛ لأنه إيجاب لا يقابله أستيجاب، وذلك يتم بالموجب في حقه كالإقرار، بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة فالقبول فيه ركن فافتضى التملك من الجانبين، ويدل عليه العرف فإنك تقول: وهبت منه هبة فردّها عليّ ولم يقبلها وأهديتُ إليه^(٢) وتصدقتُ عليه وأقرضته فرد ذلك ولم يقبله (حتى لو حلف لا يقرضه فأقرضه ولم يقبل)^(٢) حنث، إلا في رواية عن أبي يوسف^(٣): ولو حلف لا يستقرض حنث في قولهم جميعاً بطلب القرض؛ لدلالة السين على الطلب.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٧٤/٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٣١٣، و«المبسوط» ١٠/٩، و«البحر الرائق» ٣٧٩/٤.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ١٠-١١، و«فتاوى قاضيخان» ٢٨٥/٤، و«فتح القدير» ٢٠٥/٥، و«البحر الرائق» ٣٧٩/٤.

قال: (أو ليقضين دينه إلى قريب أنصرف إلى ما دون الشهر،
أو إلى بعيد فإلى أكثر منه).

والمعتبر في ذلك هو العرف فإنهم يعدون ما دون الشهر قريباً، والشهر
وما زاد بعيداً ولذلك يقال عند بُعد العهد: ما لقيتكَ مُدَّ شهر^(١).

قال: (أو ليقضينه دينه اليوم فقضاه ثم وجد المستحق بعضها
زيوفاً^(٢) أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث أو رصاصاً
أو ستوقه حنث).

أما الأول: فلأن الزيادة^(٣) من العيوب، والعيب لا يعدم الجنس.
ألا ترى أنه لو تجوز به جعل مستوفياً لحقه باعتبار أنه قابض لجنس حقه
فوجد شرط البر وقبض المستحقة قبض صحيح فوق البر، فلا يرتفع
برده^(٤).

وأما الثاني: فلأن الرصاص والستوقه ليسا من جنس حقه، ولهذا
لا يجوز التجوز بهما في الضرب والسلم^(٥)، والنبهرجة: لفظة أعجمية
معربة، وأصلها نبرة وهو (الحظ) يعني حظ^(٦) هذه الدراهم من الفضة

(١) «الهداية» ٣٧٨/٢، و«البحر الرائق» ٣٩٦/٤، و«اللباب» ٢٣/٤.

(٢) في (ب): (زيفاً).

(٣) الزيادة: زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار. وزيفتها تزيفاً أظهرت زيفها قال
بعضهم الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت، وكانت معروفة قبل
زماننا. «المصباح المنير» ص ١٥٨.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٦٩/٣، و«المبسوط» ٢٤/٩، و«تبين الحقائق»
١٥٨/٣، و«الاختيار» ٣٠٦/٤، و«اللباب» ٢٤/٤.

(٥) «الهداية» ٣٧٨-٣٧٩، و«البحر الرائق» ٩٦/٤، و«اللباب» ٢٥/٤.

(٦) في (ج): (عدم الخط)، وفي (ب): (وهو الخلط يعني: خلط).

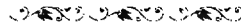
أقل وغشه أكثر مما يوجد في دارِ الضربِ. والمستوقه معرب أيضاً وهو بالفارسية: سه طاق، يعني: (أنَّ)^(١) وَجْهِي الدراهم فضةٌ وحشوه صفرٌ.

قال: (أو لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه).

لأنَّ الشرط قبض الكل بصفة التفرق؛ لأنه أضاف القبض إلى دين معرفٍ مضافٍ إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث بقبض بعضه^(٢).

قال: (وإن قبضه في وزنتين لم يفصلهما بغير عمل الوزن لم يحنث).

لأنَّ هذا القدر من الفصل مستثنى بحكم العادة إذ قد يتعذر قبض الكل دفعةً واحدةً^(٣) / ١٤١ / .

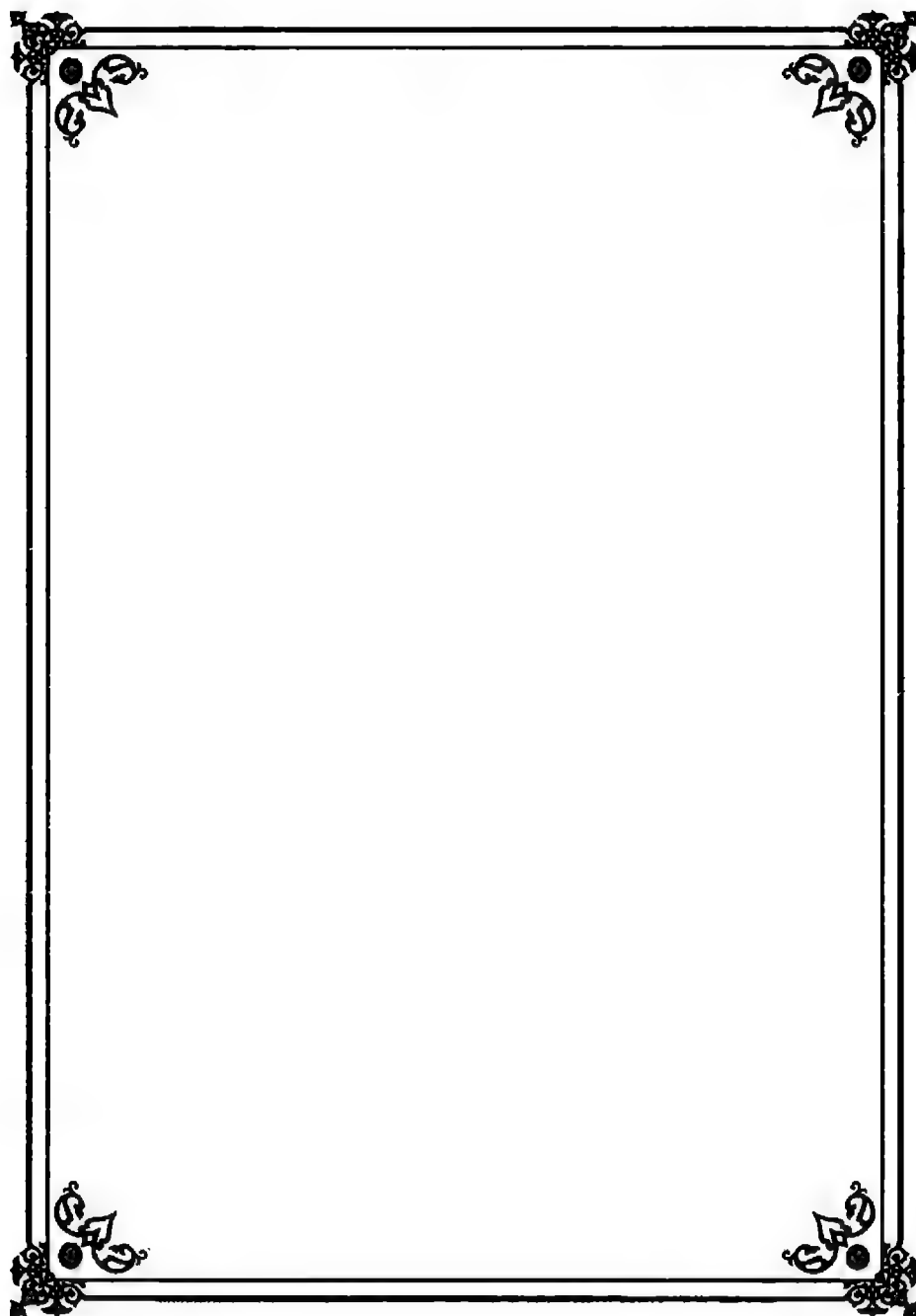


(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٣٧٩/٢، و«الاختيار» ٣٠٧/٤، و«تبيين الحقائق» ١٥٩/٣، و«اللباب» ٢٥/٤.

(٣) «الهداية» ٣٧٩/٢، و«الاختيار» ٣٠٧/٤، و«اللباب» ٢٥/٤.

كتاب أدب القاضي



كتاب أدب القاضي^(١)

قال: (لا تصح ولاية القاضي حتى يكون أهلاً للشهادة).

لأنَّ القضاء والشهادة من وادٍ واحدٍ يجمعهما أنهما من بابِ الولاية، فمن اجتمعت فيه شروطُ الشهادة كان أهلاً للقضاء^(٢).

قال: (ونفضل تولية المجتهد العدل ونجيز تولية الجاهل).

ذكر القدوري^(٣) أَنَّ أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية.

وقال صاحبُ «الهداية»^(٤): والصحيحُ أَنَّ أهلية الاجتهاد شرطُ الأولوية، وهذا بناءً على أَنَّ تولية الجاهل تصحُّ عندنا^(٥)، خلافاً للشافعي^(٦)، ولذلك رَدَّتِ الشَّيْئَةُ على الأفضلية على ما هو الصحيح. للشافعي^(٦) أَنَّهُ مأمورٌ بالقضاءِ بالحق، ولا يتيسر له ذلك إلاَّ بواسطة العلم ولا يمكن جعله عالماً بعلم غيره، كما لا تجوز الصَّلَاةُ بتحري الغير.

(١) لما كان بعض مسائل الأيمان لا تخلو عن المنازعات والمخاصمات، وكذلك بعض مسائل الكتب المصدرة، أحتج إلى بيان ما يقع به قطع المنازعة وهو القضاء. فلذلك ذكر عقيبهما. «المستجمع شرح المجمع» ص ٥٦٥.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٣-٣٤٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٥٥، و«اللباب» ٤/ ٧٧-٧٨.

(٣) «الكتاب» ٤/ ٧٧. (٤) «الهداية» ٣/ ١١٢.

(٥) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٦) «الأم» ٦/ ٢٩٩، و«المهذب» ٢/ ٢٩١، و«الوجيز» ٢/ ٢٣٧، و«حلية العلماء» ٨/ ١١٤، و«مختصر التبريزي» ص ٤٣١.

ولنا^(١): في جواز توليته - وإن كان لا ينبغي أن يولى - أنه مأمور بالقضاء بالحق؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] والحاكم بفتوى غيره ممثلاً لهذا الأمر، ولأن الغرض الأقصى (زمن)^(٢) تولية القضاء دفع شر الظلوم، وإنصاف المظلوم، وإيصال الحق إلى (أهله)^(٣)، وهذا حاصل بالحكم بفتوى أهل العلم، بخلاف المتحري، فإنه لا يعتقد الصواب في تحري غيره، ويعتقد الصواب في فتوى غيره، وينبغي للمقلد أن يختار من العلماء من هو الأقدر والأولى والأورع؛ لقوله ﷺ: «من قلّد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»^(٤)، وقد ذكر شرط الاجتهاد في أصول الفقه فليتعرف من هناك^(٥).

قال: (وينبغي أن لا يولى هو ولا الفاسق. وقيل: لا يصحّ قضاؤه وينعزل بالفسق. وقيل: إن ولي فاسقاً صحّ، وإن طراً أنعزل. وقيل: يستحقه بطروئه في ظاهر المذهب).

قوله: (وينبغي أن لا يولى هو) يعني الجاهل (ولا الفاسق) (يفتضي)^(٥) على صحّة ولايتهما. أمّا الجاهل فقد مرّ الكلام فيه، وأمّا الفاسق فاختر الطحاوي^(٦) أن الفاسق إذا قلّد القضاء لا يصير قاضياً، ولو فسق القاضي العدل ينعزل بالفسق ذكره في «الوقعات».

والقول الآخر: أن القاضي إذا ولي القضاء وهو فاسق فتوليته صحيحة،

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٢) في (ب) و(ج): (من). (٣) في (ب): (غيره).

(٤) رواه بنحو الحاكم ٤/ ٩٢ - ٩٣. (٥) في (ب): (ينبئ)، وفي (ج): (ينبئ).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٣٢.

وإن قُلْد القضاء وهو عدلٌ ففسق بأخذ الرشوة أو غيرها أنعزل، وهذا التفصيل قول بعض مشايخنا^(١)، ووجهه أن المقلد أعتد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها، والمذكور في «الهداية»^(٢) أنه يستحق العزل بطرء الفسق ولا ينعزل بمجرد. قال: وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا.

وذكر صاحب «الواقعات»: القاضي إذا قضى بقضايا وهو مرتشٍ فاسقٌ، ولم يعلم منه ذلك إلا بعد زمان.

قال أبو حنيفة^(١) رحمته الله: أبطل قضاياءه. وتفسيره: أن الذي ولاه لم يعلم بأنه فاسقٌ مرتشٍ فإذا ظهر فهو معزولٌ ولو ولي وقد علم بذلك فإنه لا يصير معزولاً؛ لأن في الوجه الأول ولي على شرط العدالة، فإذا وجد على خلافه لم يوجد الشرط فلم يبق قاضياً. وفي الثاني ما ولاه بهذا الشرط، وينبغي أن يعزل؛ لأنه صار قاضياً بالجور والقهر، فهو بمنزلة الأمير، والأمير إذا جاز لا ينعزل مالم يعزل، فكذلك القاضي إذا ولي وهو فاسقٌ.

ومذهب الشافعي^(٣) رحمته الله أن الفاسق لا يصح قضاءه، وهو اختيار الطحاوي^(٤) كما مر، وميلي إلى اختياره، فإن القضاء بالحق من أفضل العبادات والطاعات، قال رحمته الله: «عدل ساعة أفضل من عبادة ستين سنة»^(٥)،

(١) «الهداية» ١١٢/٣، و«الاختيار» ٣٤٥/٢، و«اللباب» ٧٨/٤.

(٢) «الهداية» ١١٢/٣.

(٣) «المهذب» ٢٩١/٢، و«الوجيز» ٢٣٧/٢، و«روضة الطالبين» ٨٤/٨، و«غاية البيان» ص ٣٢٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٣٢.

(٥) رواه الطبراني في «الأوسط» ٩٢/٥ (٤٧٦٥)، وقال الألباني في «ضعيف الترغيب» (١٣١٨): ضعيف جداً. اهـ ولفظه: «يوم من إمام عدل خير من عبادة ستين سنة» من حديث حديث أبي هريرة.

وفيه من الخطر العظيم ما فيه، وجهل الجاهل وفسق الفاسق ربّما حمل صاحبه على الاجترار على دين الله والحكم فيه بغير علم ولا يثبت فيعود على ما وضع له القضاء بالنقض، ولعلّ الجاهل المقلد الورع لا يجترئ على الحكم كما يجترئ عليه الفاسق العالم بالفقه، فربّما أستعمل علمه فيما يدعوه إليه فسقه، فالخوف من الله ﷻ والعرض عليه والحذر من أليم الملامة والعقاب أصل عظيم في باب القضاء بالحق، ففي القول بانعزاله وعدم صحة توليته سد باب الشرّ وفتح باب الخير، فليس في كلّ حين يمكن عزل من يفسق من قضاة السوء، فتكون ولايتهم وبالا على الأمة وهذه المسائل زوائد^(١).

قال: (ولا يستفتى الفاسق).

هذه من الزوائد، قال صاحب «الهداية»^(٢) في المفتي إذا كان فاسقا قولان: أحدهما: أنه لا يصلح؛ لأنّ الفتوى من أمور الدين، والفاسق لا يقبل قوله في الديانات، وهذا القول هو الذي اخترته في المتن. وقيل: يصلح للفتوى؛ لأنه يجتهد كلّ الجهد في إصابة الحقّ حذرا من النسبة إلى الخطأ. أقول: أولى ما يستنزل به فيض الرحمة / ١٤١ب/ الإلهية في تحقيق الوقائع الشرعية طاعة الله ﷻ والتمسك بحبل التقوى، قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومن أعتمد على رأيه وذهنه في أستخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو ممنوع^(٣) بظلمات

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٢.

(٣) في (ب): (ممنوع).

ممنوع: ممنوعه ومنيته أذ أبليتته وممنوع مبتلى «الصحيح» ص ١٠٠٤ مادة منا.

المعصية حقيقٌ بإنزال الخذلانِ عليه فقد أَعْتَمَدَ ما لا يعتمدُ عليه ﴿وَمَنْ لَزَّ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ﴾ ^(١) [النور: ٤٠].

قال: (وينبغي أن لا يسأل القضاء).

لقوله ﷺ: «من سأل القضاء وكُلَّ إلى نفسه ومن لا يسأله ينزلُ عليه ملكٌ يسدده» ^(٢)؛ ولأنه إذا طلبَ الولايةَ كان أَعْتَمَدُهُ على كفايةِ نفسه، وإذا طَلَبَ إليها كان أَعْتَمَدُهُ على توفيقِ ربه ^(٣).

قال: (ويرخص الدخول فيه لمن يثق بأداء فرضه، ويكره لمن يخاف العجز عنه والحيث فيه ويفرض على المتعين له).

أطلقَ أَسْمَ الرخصةِ على الدخولِ في القضاءِ لمن يثق من نفسه بأداء ما يفترض عليه فيه -وهو الصحيح- فقد كره بعضُ المشايخِ الدخولَ اختياراً ^(٤) أخذاً بقوله ﷺ: «من جعل على القضاء فكأنما ذُبِحَ بغير سكين» ^(٥)، والصحيحُ ما ذكرنا طمعاً في إقامةِ العدلِ المندوبِ إليه في قوله ﷺ: «عدلُ ساعةٍ أفضلُ من عبادةِ سنةٍ»، وفي رواية: «من عبادة ستين سنة» ^(٦) إلا أنَّ التركَ عزيمةٌ فلعل ظنه في نفسه مخطئٌ وقد يتغير حاله بعد التولية عمّا كان يظن في نفسه قبلها، وقد تجري على سني

(١) «الهداية» ١١٢/٣، و«الاختيار» ٣٤٥/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣٥٩/٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٧٨)، والترمذي (١٣٢٣)، وابن ماجه (٢٣٠٩)، وأحمد

١١٨/٣، وضعفه الألباني من حديث أنس في «الضعيفة» (١٣١٥).

(٣) «المبسوط» ٧٣/١٦، و«الهداية» ١١٣/٣، و«الاختيار» ٣٤٦/٢، و«اللباب»

٧٩/٤.

(٤) «الهداية» ١١٣/٣، و«الاختيار» ٣٤٦/٢، و«اللباب» ٧٨/٤.

(٥) رواه أبو داود (٣٥٧١)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، وأحمد ٢٣٠/٢.

(٦) سبق تخريجه.

واحدٍ إلَّا أنَّ غيره لا يعينه على ما يقتضيه رأيه، والإعانة من ضرورات ذلك. أمَّا إذا خافَ على نفسه الجورَ والحيَفَ والعجزَ عن القيامِ مما يجب عليه فيه فيكره له الدخولُ فيه، وأمَّا إذا تعيَّنَ له بحيثُ أجمعت فيه أهليةُ القضاء ولم توجد في غيره فحينئذٍ يفترض عليه الدخول فيه؛ لأنَّه لو تأخَّر مع تعينه تقدَّم من لا يصلح، وفي تقديمه فسادٌ عظيمٌ، ودفعُ الفسادِ وصيانةُ حقوقِ العبادِ فرضٌ. وهذه المسألة زائدة^(١).

قال: (ويجوزُ التقليدُ من الجائر).

لأنَّ الصحابةَ رضي الله عنهم تقلَّدوا القضاءَ من معاوية، والإمامُ الحقُّ هو علي رضي الله عنه؛ ولأنَّ علماءَ السلفِ تقلَّدوه من الحجاج مع جوره، هذا إذا كان يمكنه أن يقضيَ بالحقِّ، فإذا كان السلطانُ الجائرُ يمنعُ عن إقامةِ (الحقِّ)^(٢) لا يجوزُ التقليدُ منه؛ لفوات المقصودِ من القضاء وهو إقامةُ الحقِّ^(٣).

قال: (ويجوزُ قضاءُ المرأةِ إلَّا في الحدودِ والقصاصِ).

(وقد مرَّ الكلامُ في أنَّ (الكلامَ)^(٤) معتبرٌ بالشهادة، وإنَّما لا يجوزُ قضاؤها في الحدودِ والقصاصِ)^(٥)؛ لأنَّ (شهادتها)^(٦) في ذلك غيرُ مقبولةٍ كما يأتي في الشهاداتِ^(٧).

(١) «الهداية» ١١٣/٣، و«الاختيار» ٣٤٦/٢، و«اللباب» ٧٨/٤.

(٢) في (ب): (الحد).

(٣) «الهداية» ١١٣/٣، و«الاختيار» ٣٤٦/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣٦٨/٥.

(٤) في (ج): (القضاء). (٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب) و(ج): (شهادتهما).

(٧) «فتح القدير» ٢٩٧/٧، و«الاختيار» ٣٤٦/٢، و«البحر الرائق» ٥/٧، و«اللباب»

قال: (وإذا ولي سلم إليه ديوان من تقدمه).

إذا ولي القضاء سلم إليه ديوان^(١) القاضي الذي تقدمه، وينظر في السجلات وغيرها وتسلم خرائط السجلات إليه؛ لأنها وضعت فيها لتكون مرجعاً عند الحاجة إليها فتسلم إلى من بيده زمان^(٢) أمر القضاء، وسواء كان البياض من بيت المال أو من مال الخصوم (في الصحيح)^(٣) لأنهم وضعوه في يد القاضي لعلمه، وكذا إذا كانت من مال القاضي؛ لأنه يُدين بذلك ولم يتمولها ويبعث شخصين أمينين إلى القاضي الذي^(٣) كان قبله فيسألانه عن كل واحد منهما ويقضيانها منه ويحرزانها في خرائطها كل نوع في خريطة، لئلا يشتبه عليه، وهذا السؤال لكشف الحال دون الإلزام^(٤).

قال: (وينظر في حال أهل السجن فمن أعترف بحق ألزمه، ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة، ويستظهر قبل تخليته).

ثم ينظر القاضي في أحوال المحبوسين؛ لأنه نصب ناظرًا وهم أحقاء بالنظر في أمرهم، فمن أعترف منهم بحق ألزمه بما أعترف به؛ لكون الإقرار حجة ملزمة، ومن أنكر منهم لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة؛ وهذا لأن القاضي بالعزل التحق بباقي الرعية، وشهادة الواحد ليست بحجة، وعلى الخصوص إذا كانت على فعل نفسه وإذا لم يقم بينة لم يبادر إلى تخلية

(١) في (ج): (معنى).

(٢) في (ب): (أيام) ولعل الصحيح (زمان).

(٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٠-٣٧١.

سبيله، ولكن يستظهر ويتفحص عن حاله، وهذا لأنَّ فعلَ من يقدمه حقُّ ظاهرٌ، أو في تخليته إبطالُ حقٍّ من تعلق حقه بحبسه فيثبت^(١).

قال: (ويفعلُ في الودائعِ (والوقوفِ بما تقوم به الحجةُ).

ثم ينظر في الودائعِ^(٢) وارتفاع الوقوفِ فيعملُ فيها بما تقوم به الحجةُ، وأطلق الحجةَ لتشمل البينةَ والاعترافَ لكون كلِّ واحدٍ منهما حجةً، ولا يقبل قولَ المعزولِ لما تقدم، فإن أَعترفَ مِنَ الوديعةِ في يده أنَّ القاضي سلمها إليه قُبِلَ قوله فيها لاشتمالِ إقراره بذلك على الاعترافِ؛ لسبق يدِ القاضي، فكأن الوديعةَ في يده حكماً فيقبل قوله فيها، وإن بدأ بالإقرارِ لغيرِ القاضي سُلِّمَت إلى من أقرَّ بها له؛ لسبق حقِّ المقر له على يدِ القاضي^(٣).

قال: (ويجلس في المسجدِ).

الجامع، والغرض من ذلك أن يكونَ موضعُ حكمه ظاهراً لأهل بلده وللغرباءِ إذا قدموا، وعلى هذا فالمسجدُ الجامعُ أولى؛ لأنه أشهر ولذلك زاده في الكتابِ، وعن الشافعي^(٤) رحمته الله: أنه كره جلوسه في المسجدِ لاستلزام ذلك دخولَ المشركِ النجس والحائض (الممنوعين)^(٥) دخولَ المسجدِ^(٥).

(١) «الهداية» ١١٤/٣، و«الاختيار» ٣٤٧/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣٧٠-٣٧١/٥.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الأم» ٢٢٩/٦، و«المهذب» ٢٩٤/٢، و«الوجيز» ٢٤٠/٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٧-٢٨/٢٢.

(٤) في (ب) و(ج): (الممنوعة عن).

(٥) «بدائع الصنائع» ٢٣/٧، و«الهداية» ١١٤/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣٧٢/٥.

ولنا^(١): أنه ﷺ كان يحكم في المسجد ويفصل الحكومة في معتكفه^(٢)، والخلفاء الراشدون ١٤٢/ كانوا يجلسون في المساجد لفصل القضايا والحكومات^(٣)؛ ولأن القضاء الحق من أفضل العبادات، والمسجد أحق بإقامة العبادة فيه كالصلاة، والمشرک نجاسته في الاعتقاد دون البدن فلا يمتنع دخوله، والحائض تخبر القاضي بحالها فيخرج إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا وقعت الخصومة في الدابة، ولو جلس في داره فلا بأس به، ويأذن للناس في دخولها ويجلس معه من كان يجالسه من قبل؛ لأن في جلوسه^(٤) وحده تهمة^(٥).

قال: (ولا يقبل هدية إلا من قريب لا حكومة له، أو معتاد لا يزيد على عادته).

القاضي لا يقبل الهدية إلا من أحد رجلين، إما ذو رحم منه، فإن في ذلك صلة الرحم إلا أن تكون له حكومة فيمتنع؛ لأن الهدية لأجلها فيتحابها والثاني: من كانت له عادة سابقة قبل القضاء بمهاداته فيقبل منه هديته؛ لأن الظاهر جريه على عادته، فلا تكون (هدية)^(٦) للقضاء

(١) «بدائع الصنائع» ٢٣/٧، و«الهداية» ١١٤/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣٧٢/٥.

(٢) يدل عليه حديث كعب بن مالك، رواه البخاري (٤٥٧)، ومسلم (١٥٥٨).

(٣) أنظر ما ذكره البخاري في كتاب الأحكام، باب من قضى ولاعن في المسجد. «الفتح» ١٣/١٥٥.

(٤) في (ب): (دخوله).

(٥) «بدائع الصنائع» ٢٣/٧، و«الهداية» ١١٤/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣٧٢/٥، و«اللباب» ٨٠/٤.

(٦) في (ب) و(ج): (هديته).

إلّا إذا زاد على (المقدار المعتاد)^(١)؛ لأنه حينئذٍ (للقضاء)^(٢) واجتراً بما زاده من القيد الأول في القريب - وهو أن لا تكون له حكومة - عن ذكره في المعتاد للعلم به، والقيدان زائدان^(٣).

قال: (ولا يحضر دعوة خاصة واستثني قريبه).

لا يحضر القاضي دعوة إلّا أن تكون عامة؛ لأنها إذا كانت عامة لا تلحقه بحضورها تهمة، بخلاف الدعوة الخاصة (به)^(٢). وأبو حنيفة^(٤) وأبو يوسف^(٤) رحمهما الله عمّا هذا النفي ليشمل القريب أيضاً؛ لمكان التهمة. ومحمد^(٤) رحمته الله اعتبر حضور دعوته بقبول هديته، والتنبيه على قوله من الزوائد.

والدعوة الخاصة هي التي إنما يحمل المضيف عليها حضور القاضي فإذا علم أنه لا يجيب يتركها.

قال: (ويشهد الجنازة ويعود المريض).

لأن ذلك من حقوق المسلمين، فلا يمتنع عنه، قال رحمته الله: «للمسلم على المسلم ستة حقوق»^(٥)، وعدّها منها هذين الأمرين^(٦).

(١) في (ج): (مقدار العادة).

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٢٦، و«المبسوط» ٨٢/١٦، و«بدائع الصنائع» ١٧/٧، و«درر الحكام» ٤٠٦/٢، و«اللباب» ٨١/٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٢٦، و«المبسوط» ٨١-٨٢/١٦، و«بدائع الصنائع» ١٧/٧-١٨، و«الاختيار» ٣٤٩/٢، و«اللباب» ٨١/٤.

(٥) رواه مسلم ٢١٦٢/٥ بلفظ: «حق المسلم على المسلم ست».

(٦) «بدائع الصنائع» ١٧/٧-١٨، و«الهداية» ١١٥/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٢٧٥/٥، و«درر الحكام» ٤٠٦/٢.

قال: (ولا يضيف أحدُ الخصمين ولا يشير إليه ولا يسارّه
ولا يلقيه حجة ويسوي بينهما في المجلس).

أمّا الضيافةُ فلما فيها من التهمة الظاهرة (فليجنبها)^(١)، وأمّا الإشارة
إلى أحد الخصمين ومسارته دون الآخر وتلقيه الحجة فلاشتمال ذلك على
الميل إلى أحد الخصمين والحيف بالآخر، والتهمة الظاهرة مع أنكسار قلب
الخصم الذي ربّما حمّله على ترك حقه عند مشاهدة ذلك، ولا ينبغي أن
يضحك من وجه أحدهما لئلا يجترأ بذلك على خصمه ولا يمازحهما
ولا واحدًا منهما؛ لأنّ ذلك يذهب بمهابة مجلس القضاء^(٢).

قال: (وإذا ثبت الحقُّ بالبينّة فطلب ذو الحق حبسَ غريمه
حبسه أو بالإقرار تثبت، وأمره بالأداء فإن أمتنع حبسه
في كلّ دينٍ هو بدل مال كالثمن، أو ملتزم بعقد
كالمهر والكفالة).

إذا ثبت الحقُّ عند القاضي فلا يخلو، إمّا أن يثبت بينة أو أعراف،
والإشارة إلى هذين من الزوائد، فإن ثبت بالبينّة فطلب الغريم حبس
غريمه، حبسه القاضي عند ثبوت الحق؛ لظهور مطله بإنكاره، إذ البينة
لا تقام على المعترف، وأمّا إذا ثبت الحق بالإقرار، فطلب الغريم حبس
غريمه تثبت القاضي بحبسه ولم يعجل به، لكن يأمره بأداء ما عليه من
الحق؛ لأنه لم يثبت مطله بأول الحال، والحبس جزاء المطل، ولعل

(١) في (ب): (فليجنبها).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٢٥، و«المبسوط» ٧٦/١٦-٧٨، و«الهداية» ٣/١١٥،

و«حاشية ابن عابدين» ٥/٢٧٥.

هَذَا المقر طمع من غريمه بأمهاله فلم يستصحب معه ما أقرَّ به فيأمره بإيصاله إليه، فإن أمتنع من الأداء ظهر مطله (فيجيب إلى حبسه)^(١)، وإنما يحبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كضمن المبيع، و^(٢) بدل القرض أو كان قد التزمه بعقد كالمهر والكفالة، والمراد بالمهر المعجل عنه دون المؤجل، كذا نصَّ عليه في «الهداية»^(٣). ووجه ذلك أنه لما حصل في يده المال ثبت غناه به وإقدامه على الالتزام بالاختيار دليل اليسار، إذ العاقل لا يلتزم بما لا يقدر على أدائه فقامت دلالة الغناء ظاهراً فيحبس^(٤).

قال: (لا فيما سوى ذلك إذا أدعى الفقر حتى يقيم المدعي بينة يساره وقيل: القول لمن عليه مطلقاً).

أما إذا أدعى الفقر في غير الدين اللازم له بسبب مال حصل في يده أو التزمه بعقد، فإن القاضي لا يحبسه حتى يثبت يساره بينة يقيمها عليه المدعي؛ لأنَّ في الأول قامت دلالة الغناء (بسبب الإقدام)^(٥) على الالتزام، وبسبب حصول بدل ذلك الدين، وفي غيره فقدت هذه الدلالة فلا بدَّ من إثبات يساره بالحجة، فإن أقامها وإلاَّ فالتقول قولٌ من عليه. وقيل: القول قولٌ من عليه مطلقاً -يعني في هذا القول^(٦) وفي الأول-.

(١) في (ب): (فيحبس).

(٢) في (ج): (في).

(٣) «الهداية» ١١٦/٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٣٥، و«الهداية» ١١٥/٣-١١٦، و«الاختيار» ٣٥٣/٢، و«اللباب» ٨٢/٤.

(٥) في (ب): (سبباً للإقدام).

(٦) من (ج).

وهذا القول من الزوائد^(١).

ووجهه: أن الأصل هو الاعتبار وإنما يثبت اليسار بعارض، فالفقر أصلي والغنى عارضي^(٢) والطارئ^(٣) يحتاج إلى الإثبات، وروي أن القول لمن^(٤) عليه إلا في بدل المال. وفي النفقة القول قول الزوج في الإعسار، وفي إعتاق العبد المشترك القول قول المعتق^(٥).

قال: (ويجبسه مدة يراها القاضي في الصحيح ١٤٢/ب) فإن لم

يظهر له مال أطلقه ولا يحول بينه وبين غريمه).

إذا ثبت أن له مالا بينة يقيمها^(٥) المدعي أو فيما القول قوله يجبسه القاضي مدة يتعرف فيها حاله ثم يسأل عنه، فإن ظهر له مال ولا خلل سبيله^(١).

أما الحبس فلأنه بالمطل في الحال أستحقه، وإنما يطيل حبسه هذه المدة؛ لأن الغرض به أن يظهر ما عنده بواسطة ضيق نفسه فإن لم يمتد مدة لا تحصل هذه الفائدة، وفي تقدير المدة روايات أحدها شهر، والآخرى شهران والآخرى ثلاثة وأربعة إلى ستة أشهر. والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي فالناس يختلفون في ذلك، فمنهم شديد الحرص على حفظ المال يرى الحبس وإن طال أهون عليه من إخراج المال، وآخر ضده لا يستطيع ضنك العيش ولا يرى إهانة نفسه لإعزاز درهمه، فيسعى بأنواع من السعي في تخليص نفسه من ضيق الحبس

(١) «الهداية» ١١٦/٣، و«الاختيار» ٣٥٤/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣٣٨-٣٨٩،

و«اللباب» ٨٢-٨٣.

(٢) في (ب): (ظاهري).

(٣) في (ج): (العارض).

(٥) في الأصل: (يقيم).

(٤) في (ج): (قول من).

والشاهد يرى ما لا يرى الغائب والقاضي يحضر الخصوم فيتعرف من شمائلهم أحوالهم وخلائقهم فيعامل كل واحد بحسب ما يظهر منه، والتنبية على ذلك من الزوائد.

وإنما يطلقه إذا لم يظهر له مال، بعد مضي المدة التي عينها القاضي؛ لأنه معسر، قد استحق النظرة إلى ميسرة بالنص فحبسه بعد استحقاقه ذلك ظلم، ولو قامت البينة على إفلاسه من قبل حبسه هل تقبل؟ فيه روايتان، وعلى عدم القبول عامة المشايخ رحمهم الله^(١).

قال: (ويحبس في نفقة المرأة ولا والد في دين ولده إلا إذا أمتنع أن ينفق عليه).

أما الأول: فلأن الزوج إذا أمتنع عن الإنفاق كان ظالمًا فيحبس. وأما الثاني: فلأن الحبس عقوبة لا يستحقها الولد على والده إكرامًا كالحد والقصاص، وإنما يحبس إذا أمتنع من الإنفاق على الولد؛ لأن فيه إحياء للولد، ولأنه إذا مضت مدة لا ينفق عليه سقطت المطالبة به فلا يتدارك فكان أمتناعه ظلمًا فيحبس^(٢).

قال: (ولا يستخلف إلا بتفويض).

القاضي لا يستخلف غيره على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك؛ لأن تقليد القضاء شيء وتقليده شيء، وتقليده لا يستلزم التقليد به فصار كالوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بإذن أو تفويض، وهذا خلاف

(١) «الهداية» ٣/١٦٦، و«الاختيار» ٢/٣٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٣٨٧، و«اللباب» ٤/٨٣.

(٢) «فتح القدير» ٧/٢٨٤-٢٨٥، و«الاختيار» ٢/٣٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٣٩٠، و«اللباب» ٤/٨٣-٨٤.

المأمور بإقامة الجمعة حيث يجوز له الاستخلاف وإن لم يصرخ له به لقيام دلالة الإذن في ذلك باعتبار لوقتها فهي على شرف الفوات، وكان الأمر بإقامتها إذنًا بالاستخلاف فيها دلالة ولا كذلك القضاء، فلو قضى القاضي الثاني والأول حاضراً أو قضى فأجاز الأول قضاءه جاز اعتباراً بالوكالة باعتبار حضور رأيه، أمّا إذا فوّض إليه الاستخلاف بملكه فيصير القاضي الثاني نائباً عن الأصل فلا يملك القاضي الأول عزله^(١).

قال: (وإذا رُفِعَ إليه حكمٌ حاكمٍ أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع أو يعرى عن دليل).

وهذا لأنّ القضاء إذا لاقى محلاً مجتهداً فيه نفذ ولا يردّه (غيره)^(٢)؛ لأنّ اجتهدَ القاضي الثاني كاجتهاد الأول، والاجتهاد الأول قد اتصل به القضاء فيرجح على الثاني ولا يُنقَضُ الأقوى بالأضعف^(٣).

قال: (فإن قضى مخالفاً لمذهبه ناسياً فهو نافذ وفي العمدة روايتان وقالوا: لا ينفذ مطلقاً، ويفتى به).

القاضي إذا قضى في مسألة مجتهد فيها بخلاف رواية^(٤) مذهبه فلا يخلو، إمّا إن كان ناسياً أو عامداً، فإن كان ناسياً نفذ قضاؤه عند

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢-٣٣٣، و«المبسوط» ١٦/١١٠، و«فتح القدير» ٢٩٨/٧، و«اللباب» ٨٧/٤.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «الهداية» ١١٩/٣، و«الاختيار» ٣٥٠/٢، و«درر الحكام» ٤٠٨/٢، و«البحر الرائق» ٨/٧.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب).

أبي حنيفة رحمه الله ^(١)، وإن كان عامداً فعنه في نفاذ قضائه روايتان، وجهُ النفاذ أنه ليس بخطأ يقيناً لكونه مجتهداً فيه، فالمقضي به كغيره في احتمال الخطأ والصواب، وقد اتصل به القضاء فيرجح، ومذهبهما ^(١) أنه لا ينفذ في الوجهين عامداً كان أو ناسياً وهو معنى قيد الإطلاق وعليه الفتوى، ووجهه: أنه قضى في مجتهد فيه بما هو خطأ في رواية، واجتهاده ومذهبه والواجب عليه العمل بما غلب على ظنه في المجتهد فيه، فقد تركه إلى غيره من غير مرجح فلا ينفذ.

والمسألة كلها من الزوائد ^(١).

والمراد بالسنة المشهورة منها؛ لأن مخالفتها خطأ متيقن به، والمعتبر في الاختلاف هو اختلاف الصدر الأول.

قال: (ولا نحكم على غائب إلا بنائب).

الحكم على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من ينوب منابه ويقوم مقامه ^(٢).

وقال الشافعي رحمه الله ^(٣): يجوز الحكم عليه؛ لأن الحكم مبني على ظهور الحق ^(٤) عند القاضي، وذلك بقيام البينة به، فإذا قامت البينة ظهر الحق فصَحَّ الحكم.

(١) «الهداية» ١١٩/٣، و«البحر الرائق» ٩/٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤٠٨/٥.

(٢) «الهداية» ١١٩/٣، و«الاختيار» ٣٥٠/٢، و«البحر الرائق» ١٧/٧، و«اللباب» ٨٨/٤.

(٣) «التبيين» ٢٦٥، و«المهذب» ٣٠٤/٢، و«الوجيز» ٢٤٣/٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٨٢-٨١/٢٢.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

ولنا : أن قيامَ البينة مستلزمٌ سبقَ إنكار المنكر؛ لأن العملَ بها لقطع الخصومة والمنازعة، وبدون الإنكار لا يتحقق العملُ بالبينة والمنكرُ معدوم فتعذر العملُ بالبينة فتعذر ترتيبُ الحكمِ عليها، ولجواز أنه لو حضرَ لأقرَّ، كما يجوز أنه ينكر فيشتبه على القاضي وجه القضاء لقيام هذا الاحتمال؛ لأنَّ أحكامهما مختلفة، ولو أنه أنكر ثم غابَ فالحكمُ كذلك لأنَّ الإنكارَ وقتَ القضاء هو الشرطُ، وأطلق النائبَ ليشملَ من يكون نائبًا بإنابته أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي.

وذكرَ في «الواقعات» رجلٌ توجه عليه القضاء ببينة قامت عليه /١٤٣/ وعدلوا فاختفى الرجلُ لا يُقضى عليه حتى يحضر؛ لأنه لو قضى عليه يكون هذا قضاءً على الغائب، وأنه لا يجوز.

وعن أبي يوسف رحمته الله ^(١) في «الأمالي» أنه يقضي عليه ^(٢).

وذكر القاضي أبو علي النسفي رحمته الله ^(٣) : إني رأيت في بعض النوادر أن قول أبي حنيفة رحمته الله ^(٢) مثل قول محمد ^{(٢)(٤)} وأبي يوسف ^(٢) رحمهما الله، فصارت المسألة متفقاً عليها أنه ينصب فيه خصماً ويقضي عليه وإن كان لا يقضى عليه.

(١) «فتح القدير» ٣١٥/٧.

(٢) «الهداية» ١١٩/٣، و«الاختيار» ٣٥٠/٢، و«البحر الرائق» ١٧/٧-١٨، و«حاشية

ابن عابدين» ٣٠٨-٣١٠/٧.

(٣) «فتح القدير» ٣١٥/٧.

(٤) من (ب).

قال: (وهو بشهادة الزور نافذٌ مطلقاً في العقود والفسوخ
وقالا: ظاهراً).

إذا قضى القاضي في الظاهر بتحريم أو لإحلال فهو في الباطن، كذلك
عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقالا ^(٢): إذا كانت الدعوى بسبب معين كالنكاح والطلاق والبيع
والشراء والإقالة والرد بالعيب والنسب، وفي العتة والصدقة روايتان،
وهي مسألة القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ، ومن صورها:
أمرأة أدعت على رجل أنه تزوجها، فأنكر فأقامت على ذلك بينةً فحكم
القاضي بأنها أمراته ولم يكن تزوجها.

قال أبو حنيفة رحمته الله ^(٣): وسعها المقام معه وأن تدعه يطؤها.

وقال أبو يوسف رحمته الله آخرًا ^(١) - وهو قول محمد ^(١) والشافعي ^(٢)
رحمهما الله: لا يسعه أن يطأها لهم ^(٣) ^(١) أن القضاء إظهار ما كان ثابتاً
لا إثبات أمر لم يكن، والنكاح لم يكن ثابتاً، فلا يثبت بالقضاء، وصار
كالقضاء في الأملاك المرسله بشهادة الزور كما لو كان الشهود عبيداً
أو محدودين في قذف أو كفاراً.

وله ^(١): أنه قضى بما هو المفترض عليه بعد قيام الحجة عنده؛ لأن
الحجة أن يكون الشهود صدقة عنده لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق
فينفذ ظاهراً وباطناً قياساً على ما إذا فرق بين الزوجين باللعان، وكما

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٣١، و«الاختيار»

٣٥٢-٣٥٣، و«إيثار الإنصاف» ٦٨٧-٦٩٠، و«البحر الرائق» ٧/١٤-١٥.

(٢) «المهذب» ٣١١/٢، و«التنبيه» ٣٦١، و«روضة الطالبين» ٨/١٣٨-١٣٩.

(٣) في (ج): (لما).

إذا قضى بانفساخ العقد بتخالف العاقلين قوله: إنَّ القضاء إظهار ما كان. قلنا: هو كذلك، وإنشاء ما لا صحة للقضاء بدونه، وقد أمكن اقتضاء كما في قوله: أعتق عبد عني بألف درهم فأعتق المأمور، فإنه يقع العتق عن الأمر ويثبت البيع سابقاً على الإعناق اقتضاء بخلاف الأملك المرسلة؛ لأنَّه لا يمكن بتقيده باطناً؛ لتعذر إثبات الملك بدون السبب، وفي الأسباب كثرة، وتعيين سبب دون سبب غير ممكن، وههنا أمكن بتقيده باطناً بتقديم النكاح فيفد صوتاً للقضاء عن البطلان، وبخلاف ظهور الشهود عبيداً أو محدودين في قذف؛ لأنَّ القضاء بشهادتهم لا يجب على القاضي؛ لأنَّ الوقوف عليه ممكن في الجملة.

قال: (والقاضي والشاهد والراوي لا يعملون بالخط مع نسيان الحادثة وأجازاه إذا علموا أنه خطهم)^(١).

لهما: أنهم إذا تحققوا أنَّ الخطَّ خطهم أفادهم ذلك علم غالب الظن (وعليه الظن)^(٢) في باب القضاء ينزل منزلة علم الإحاطة. وله^(١): أنَّ القضاء والشهادة والرواية لا تجوز إلا عن علم، ولا علم لجواز أنَّ الخطَّ يشبه الخطَّ، وقد يغلب الشبه بحيث يغلب عنده أنه خطَّ، ويفعل^(٣) عن أنه نفس خاص يمكن أن يتمرن عليه بحيث لا يتمكن الناظر إلى الخطَّين من التمييز بينهما فيعتقد اليقين في أنه خطُّه وهو خطُّ غيره في نفس الأمر، والاحتياط في ذلك واجب ويذكر الواقعة مما يحرس عن ذلك^(١).

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٥٠، و«المبسوط»

٩٢/١٦، و«البحر الرائق» ١٣/٧.

(٣) في (ب)، (ج): (ويغفل).

(٢) من (ب)، (ج).

قال: (وهو ممنوعٌ عن الحكمِ بما علمه قبل الولاية).

ليس للقاضي أن يقضي بعلمه ولا بما شاهده قبل أن يتولى القضاء،
(ولا أن)^(١) يقضي بما علم به في غير مصره الذي أستقضى فيه.

وقالا^(٢): له ذلك؛ لأنَّ مستند الحكم -وهو العلم- لا يختلف حصوله عنده، فإنَّ مدرَّكه واحدٌ والعلم^(٣) به واحدٌ، ولا أثر للقضاءٍ وعدمه ولا للمصرٍ وعدمه في ذلك، فيجوز القضاء (به).

وله^(٢): أنَّ العلمَ حين وجد قبل القضاء كان علمَ شهادة. لا علم قضاء، ولا يكون علمُ الشهادة موجباً لعلم القضاء^(٤) بدون لفظة الشهادة والعدد والأداء في مجلس القضاء، ولا يمكن للقاضي أن يجعل علم نفسه وشهادته موجبةً للقضاء (وإنما تصير شهادته موجبةً للقضاء)^(٤) إذا شهد هو وآخر عند الإمام الذي فوقه ليقضي به^(٢).

قال: (وإذا تراضى اثنان بحكمٍ بصفة القاضي جاز في غير الحدود والقصاص).

إذا رضي رجلان بأن يحكما رجلاً يحكم بينهما جاز حكمه؛ لأنَّ لهما ولايةً على أنفسهما، فصَحَّ بحكمهما، وصَحَّ حكمه عليهما. وقوله: (بصفة القاضي) يحترز به عن أن يكون المحكَّم كافرًا أو محدودًا في القذف أو عبدًا أو ذميًّا أو صبيًّا أو فاسقًا في اختيار الطحاوي^(٥) على ما مرَّ، وإنَّما استثنى

(١) في (أ): (ولأن).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«المبسوط» ١٠٥/١٦.

(٣) في (ب): (والعالم).

(٤) من (ب)، (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٣٣.

الحدود والقصاص؛ لأنه ليس لهما ولاية على دمهما، ألا ترى أنهما لا يملكان إباحاته ولو رضيا بإباحته لاستباح. وقيل: إن تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالطلاق المضاف وغيره - وهو الصحيح - ألا ترى أنه لا يفتى به، ويقال: إنه محتاج إلى حكم المولى؛ لئلا يتجاسر العوام على الحكم^(١).

قال: (وإذا حكم لم يجز رجوعهما).

لكل واحد من الخصمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما، وإذا حكم لم يكن لهما الرجوع، وهذا لأنه محكم من قبلهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً، وإذا حكم لزمهما؛ لأن حكمه صدر عن ولاية عليهما.

قال: (ويمضيه القاضي إن وافق مذهبه) ١٤٣/ب.

حكم المحكم إذا رفع إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم بالقضاء به^(٢) وإن خالفه بعضه: لأن حكمه غير لازم له؛ لأنه حاكم^(٣) لا من جهته^(٤).

قال: (وإن حكم في دم خطأ بالدية على العاقلة لم ينفذ).

لأنه لا ولاية له على العاقلة؛ لأنه غير محكم من جهتهم، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي، ويقضي بالدية على العاقلة لأنه

(١) «الهداية» ٣/١٢٠، و«الاختيار» ٢/٣٥٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٤-٢٥، و«اللباب» ٨٩/٤.

(٢) في (ج): (عليه).

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) «الهداية» ٣/١٢٠، و«الاختيار» ٢/٣٥٧، و«المبسوط» ١٦/١١١، و«البحر الرائق» ٧/٢٤-٢٥، و«اللباب» ٨٩/٤.

حكمٌ مخالف بالنص، ولرأيه إلا إذا ثبت القتل بإقراره، فإن العاقلة لا تعقله، فصَحَّ حكمه بها عليه في ماله^(١).

قال: (ويستمع الحجة ويقضي بالنكول^(٢) والإقرار).

لأنَّ الحكمَ بذلك حكمٌ موافق للشرع، والتنبيهُ على الإقرار زائد، وإذا أخبر بإقرار أحد الخصمين اللذين حَكَّمَاهُ أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله، ولا يلتفت إلى إنكار الخصم بسبب قيام ولايته، وإن أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء ولايته، فصار كقول المولى بعد عزله^(٣).

قال: (ولا يحكم لأصوله وفروعه وزوجته كالقاضي).

حكم المحكَّم^(٤) والمولى لأبائه وأمهاته وأولاده وزوجاته باطل؛ لتمكين التهمة، ولهذا لا تقبل شهادته لهم.

وفي قوله: (لأصوله) تنبيهٌ على أنه لو قضى عليهم جاز؛ لانتفاء التهمة المانعة من الحكم لهم، والتنبيه على أن حكم القاضي والمحكَّم في ذلك سواء من الزوائد^(٥).

(١) «الهداية» ٣/١٢٠-١٢١، و«الاختيار» ٢/٣٥٨، و«البحر الرائق» ٧/٢٦، و«اللباب» ٤/٩٠.

(٢) غير واضح بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٣) «الاختيار» ٢/٣٥٧-٣٥٨، و«فتح القدير» ٧/٣١٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٢٨-٤٢٩، و«اللباب» ٤/٩٠.

(٤) في (ب): (الحاكم).

(٥) «الهداية» ٣/١٢١، و«الاختيار» ٢/٣٥٨، و«البحر الرائق» ٧/٢٨، و«اللباب» ٤/٩٠.

قال: (ويقبل بالبينّة كتابُ القاضي إلى مثله في كلّ حقّ
لا يسقط بالشبهة، فيكتب بالحكم أو بنقل الشهادة
ليحكم المكتوب إليه ويقبل في العقار والمنقول على
المختار).

كتابُ القاضي إلى القاضي مقبولٌ إذا قامت البينّة به عند المكتوبِ
إليه وهذا لمساسِ الحاجةِ إلى القبولِ وأطلقَ البينّة؛ ليعم الرجلين
والرجل والمرأتين، وإنما اشترطتِ البينّة؛ لأنّ الكتابَ يشبه الكتابَ
فلا يثبت أنه كتابه إلّا بالحجة التامة؛ لأنّه ملزمٌ.

وهذا بخلاف كتابِ الأستئمان من أهلِ الحرب؛ لعدم الإلزام،
وبخلاف رسولِ القاضي إلى المزكي، ورسوله إلى القاضي؛ لأنّ الإلزامَ
إنما هو بالشهادة دون التزكية، فإن كان الخصمُ حاضرًا فقامتِ البينّة عليه
حُكِمَ عليه بها وكتب بحكمه، وهذا هو السجل، وإن شهدوا عنده
والخصمُ غير حاضرٍ عنده لم يحكم؛ لأنه لا حكم على الغائب ويكتبُ
بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتابُ الحكمي، وهو نقلُ
الشهادة في الحقيقة، والحاجةُ ماسّةٌ إلى قبوله فلعَلَّه يتعذّر على المدعي
الجمعُ بين الشهود والخصم، فأشبه الشهادة على الشهادة، وإنما لا يقبل
كتابُه فيما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص؛ لما في ذلك من شبهة
البديلة، فصار كالشهادة على الشهادة ولأنهما مما يندري بالشبهة، وفي
قبول كتابِ القاضي بهما سعيٌّ في إثباتهما.

ويندرج تحت قوله: (في كلّ حقّ) الدينُ والنكاحُ والنسبُ والمغصوبُ
والأمانةُ المحمودّةُ والمضاربةُ المحمودّةُ، فإن ذلك كلّهُ بمنزلة الدين، وهما
مما يعرف بالوصف، وإنما يقبلُ كتابُه في العقار؛ لأنّ التعريفَ يقع

بالتحديد، وكذلك يقبل كتابه في سائر المنقولات كما هو مذهب محمد ﷺ وهو المختار للفتوى، وعليه المشايخ المتأخرون، ووجه الرواية الناطقة بعدم القبول: احتياج المنقول إلى الإشارة^(١).

قال: (ويقرأه على الشهود؛ ليعلموا ما فيه ويختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم ويوجب الإشهاد لا غير. واختاره السرخسي رحمه الله).

الشرط عند أبي حنيفة رحمه الله^(٢) في قبول كتاب القاضي إلى القاضي بأن يقرأ الكتاب على الشهود؛ ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به؛ لأن الشهادة لا تجوز بدون العلم، وأن يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم؛ دفعاً لوهم التغيير.

وقال أبو يوسف رحمه الله^(٣): ليس شيء من ذلك بشرط سوى أن يشهدهم أن هذا الكتاب كتابه، وهذا الختم ختمه.

وعنه أيضاً: أن الختم ليس بشرط أيضاً^(٤) فسهل^(٥) في ذلك لما أبتلي بالقضاء، وليس العيان كالخبر، وقد أختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله^(٥) قوله، والتنبيه عليه من الزوائد.

(١) «المبسوط» ١٦/٩٥-٩٦، و«الهداية» ٣/١١٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٨، و«اللباب» ٨٤-٨٥/٤.

(٢) «فتح القدير» ٧/٢٩٢، و«البحر الرائق» ٧/٤، و«درر الحكام» ٢/٤١٣، و«اللباب» ٨٥/٤.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) في (ب): (ليشهد).

(٥) «المبسوط» ١٦/٩٥.

قال: (ولا يقبله القاضي حتى يحضر الخصم).

وهذا لأنه بمنزلة أداء الشهادة، فيشترط حضوره، بخلاف سماع القاضي الكتاب^(١)؛ لأن ذلك للنقل لا للحكم^(٢).

قال: (وينظر ختمه فإذا شهدوا أنه كتابه سلمه إليهم، وقرأه عليهم وختمه، قصه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه، ويأمره بذلك إذا شهدوا أنه كتابه).

وهذه المسألة فرغ على الخلاف المذكور في سابقها من أبي يوسف^(٢) وصاحبيه^(٢) رحمهم الله، ولم يشترط في فتح الكتاب ظهور العدالة، والصحيح أنه شرط، كذا ذكره الخصاف^(٣)؛ لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود، وإنما^(٤) يقبله المكتوب إليه إذا كان القاضي الكاتب باقياً على قضاؤه، فلو خرج عن أهلية القضاء أو مات أو عزل قبل وصول الكتاب لا يقبل؛ إلا إذا كان معيناً بأن قال: إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا، وإلى من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأن غيره صار تبعاً له، بخلاف ما لو كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين على ما اختاره المشايخ؛ لأن المكتوب إليه غير معروف / ١١٤٤/ ولو مات الخصم أنفذه على الورثة لقيامهم مقامه (والله أعلم)^{(٥)(٢)}.



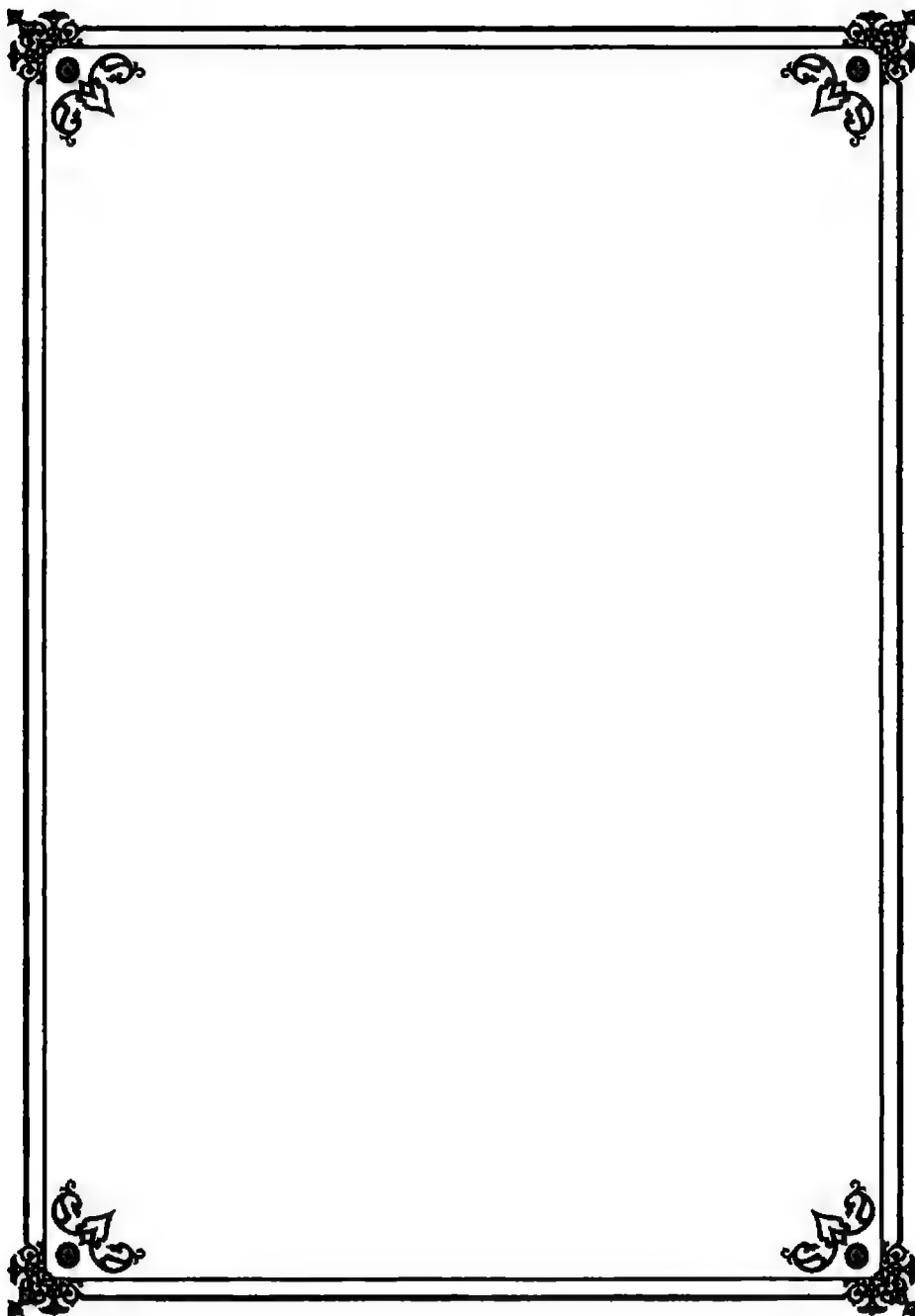
(١) في (ب): (الكاتب).

(٢) «المبسوط» ٩٥/١٦، و«الهداية» ١١٨/٣، و«البحر الرائق» ٤/٧، و«اللباب» ٨٦/٤.

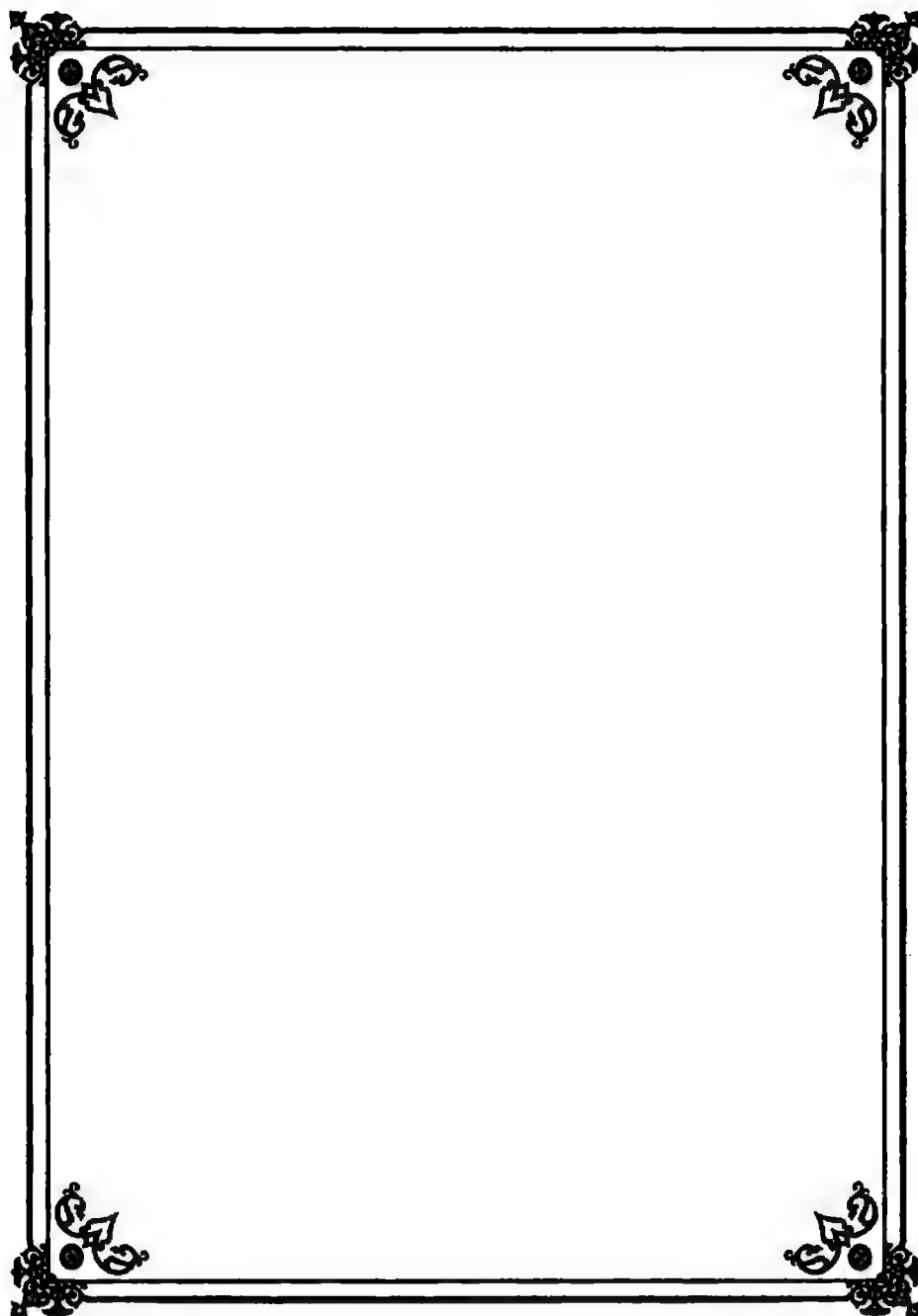
(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) في (ب): (ولا).

(٥) من (ج).



کتاب الدعوی



كتاب الدعوى^(١)

قال: (ويفسر المدعي بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعي عليه من يجبر).

هذا هو التعريف الذي ذكره القدوري رحمته الله^(٢)، وإنما زاد لفظة: (يفسر) تحرّزاً عن الجملة الإسمية، فإنه لا خلاف بين أصحابنا في ذلك، وهذا التعريف أحسن، وقد قيل أيضاً: المدعي من لا يستحقُّ إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من لا^(٣) يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذبي اليد. وقيل: المدعي من يتمسك بغير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وعن محمد رحمته الله^(٤) في «الأصل» بالمدعى عليه هو المنكر وإنما اقتصر عليه؛ لأنه إذا عرف المدعى عليه عرف المدعي إلا أن الإنكار لا يخصُّ الصورة، فكم من مدعٍ صورةً وهو منكرٌ معني كمن يدعي ردّ الوديعة إلى صاحبها، فإنّ القولَ قوله؛ لكونه منكرًا للضمان معني، وإن كان مدعيًا للردّ صورةً فالحال من معرفة المنكر موكولٌ إلى نظر الفقيه، والاعتبار في ذلك بالمعاني^(٤).

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن القضاء لا يكون إلا بالدعوى وهي فعل من الدعاء وهو الطلب لغة. «المستجمع شرح المجمع» ٥٩٠.

(٢) «الكتاب» ٢٦/٤-٢٧.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥١، و«البحر الرائق» ٨/١٩٣-١٩٤، و«فتح القدير»

٨/١٥٣-١٥٤، و«اللباب» ٢٦/٤-٢٧.

قال: (ويشترط لقبولها معرفة المدعى به في جنسه وقدره).
لأنَّ الغرض من الدعوى هو إلزام المدعى عليه عند قيام البينة،
ولا إلزام فيما لا يُعلم جنسه وقدره^(١).

قال: (وإحضاره إن كان يمينًا حاضرةً وإلا فيبان قيمتها).
إذا كان المدعى به يمينًا فلا يخلو إمَّا إن كانت حاضرةً أو غير حاضرة،
فإن كانت حاضرةً كلف المدعى عليه إحضارها؛ ليشير المدعي إليها في
دعواه، وكذا في الشهادة والاستخلاف؛ لأنَّ الإعلامَ بالمدعى به شرط
وهو في المنقول بالإشارة إليه لإمكان النقل. وكون الإشارة أبلغ في باب
التعريف، وإذا لم تكن العين حاضرةً تعين ذكر قيمتها لأنه تعذرت
الإشارة إليها، وقيمتها هو معناها وبها تصير معلومة؛ لأنَّ القيمة تعرف
بالوصف.

وعن أبي الليث رحمته الله^(٢) أنه يشترط ذكر الذكورة والأنوثة أيضًا مع
القيمة، وقد أتفق القضاة عن آخرهم على وجوب الحضور ووجوب
الجواب عند الحضور، ليكون حضوره مفيدًا فائدته، ووجوب إحضار
العين المدعى بها ووجوب اليمين عند الإنكار^(٣).

(١) «المبسوط» ١٧/٣٠-٣١، و«الهداية» ٣/١٧٣، و«البحر الرائق» ٧/١٩٥، و«جامع
الفصولين» ١/٥١.

(٢) «فتح القدير» ٨/١٦٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٤٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣-٣٥٤، و«المبسوط» ١٧/٣٢، و«فتح القدير» ٨/١٥٨-
١٦٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٤٥.

قال: (وإن كان عقارًا فتحديده في الدعوى والشهادة شرط
واكتفيا بالشهرة في المشهور).

ذكر الحدود بأسماء أصحابها وأنسابهم إلى الجد شرط عند أبي حنيفة رحمته الله^(١)؛ لتعلق تمام التعريف بذكر الجد، وهذا هو الصحيح إلا إن يكون الرجل والذي ينسب الجد إليه مشهورًا فيكتفي بذكره لحصول المقصود، وهذا بخلاف ما إذا كان العقار مشهورًا في نفسه لا يستغنى بشهرته عن تحديده عند أبي حنيفة رحمته الله^(١)، خلافًا لهما^(١) فإنهما أعتبرا شهرة العقار بشهرة الرجل في الجد. وأبو حنيفة رحمته الله^(١) راعى فائدة التحديد، وهو دفع وقوع التنازع في الحدود بزيادة أو نقصان بخلاف الرجل، ويشترط التحديد في الشهادة كما يشترط في الدعوى، لتطابق الشهادة الدعوى، ولتكون الشهادة بعين المدعي وليس ذلك إلا بالتحديد^(١).

قال: (واكتفينا بذكر ثلاثة).

إذا ذكر ثلاثة من حدود الدار كفى ذلك عندنا. وقال زفر (: لا بد من ذكر الأربعة؛ لأن تمام المعرفة بالمحدود ويتعلق بذكرها فإذا أخل بالرابع لم تكن دعواه معلومة ولا الشهادة أيضًا فلا يسمع. ولنا^(١): أن الثلاثة أكثرها فتقوم مقام الكل، ولو ذكر الأربعة وغلط في الحد الرابع لا يسمع؛ لأن الدعوى تختلف بذلك، ولا كذلك بالترك. وعن أبي يوسف رحمته الله لو ذكر حدين يكتفى بهما، واختلف في الحدين فقل: يجب أن يكونا متقابلين. وقيل: متصلين. وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط التحديد في الشهادة.

(١) «الهداية» ٣/١٧٤، و«الاختيار» ٢/٣٧٨-٣٧٩، و«البحر الرائق» ٧/١٩٧، و«اللباب» ٤/٢٨.

قال: (ثم يذكر المدعى عليه ومطالبته).

أما الأول فلأن المدعى عليه إذا لم يكن المدعى به في يده لا يكون خصماً للمدعي، فيجب على المدعي أن يذكر المدعى به في يده، وهذا في المنقول، أما العقار فلا يكتفى بذكر أنه في يده وتصديق المدعى عليه؛ بل لا تثبت اليد فيه^(١) إلاً ببينة أو علم القاضي، وهذا هو الصحيح نفيًا (للتهمة الموضوعة)^(٢) فلعل العقار في يد غيرهما، فأما المنقول فاليد مشاهدة فيه.

وأما الثاني فلأن المطالبة حق المدعي فيشترط طلبه؛ ولأن مجرد اليد لا تكفي بدون الطلب؛ لجواز أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً معه على الثمن، فالمطالبة تزيل مثل هذا الاحتمال، ولهذا قيل: يجب أن يقول في المنقول: إنه في يده بغير حق.

وزاد بعضهم شرطاً آخر وهو أن يقول: وواجب عليه تسليمه، غير أن هذا الشرط الزائد ليس بواجب في الصحيح^(٣).

قال: (وإن كان ديناً فمطالبته).

أي: وإن كان المدعى به ديناً في الذمة تشترط المطالبة به لما مر؛ ولأن صاحب الذمة حاضر فلم يبق إلاً مطالبته، إلا أن تعريفة بالوصف لازم؛ لأنه مما يعرف به^(٣).

(١) من (ب).

(٢) في (أ): (لتهمة للمواضعة).

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٧٨-٣٧٩، و«فتح القدير» ٨/ ١٦٢-١٦٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٤٧.

قال: (فإذا صحت سأل /١٤٤ب/ القاضي المدعى عليه، فإن
أعترف قضى عليه، وإن أنكر سأل المدعي البينة، فإن
أحضرها حكمَ بها، وإن عجزَ وطلب يمينه استحلف،
فإن نكل ألزمه المدعى به، وإن أخره حتى يعرض
اليمين ثلاثاً كان أولى، ولا نجيز ردّها على المدعي).

إنما يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فيقول له: ما تقول
فيما يدّعيه عليك؛ لاستكشاف وجه الحكم؛ لأنّ الجواب إمّا بالاعتراف
أو الإنكار ويترتب على كلٍّ من هذين حكمه، فإن أعترف بما أدّعاه
المدعي قضى به؛ لأنّ الاعتراف حجةٌ موجبةٌ بنفسها، فيجب عليه
الخروج عن عهدة ما أعترف به، وإن أنكر ما أدعى عليه به سأل المدعي
البينة المظهرة لصدقي دعواه؛ لقوله ﷺ: «ألك بيّنة؟»، فقال: لا.
فقال: «لك يمينه»^(١) سأل المدعي البينة أولاً فلما فقدت رتب على
فقدتها اليمين فالسؤال لا بدّ منه؛ ليتمكن من ترتيب الاستحلاف عند
عدم البينة فإن أحضر بيّنته قضى بها؛ لأنها حجةٌ ملزمةٌ ولا تهمّةٌ فيها،
وإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين خصمه استحلفه القاضي؛ لأنه
ﷺ رتب الاستحلاف على فقد البينة كما مرّ، ولما كان اليمين حقّ
(المدعي بقوله ﷺ: «لك يمينه» أشرط طلبه)^(٢) لكونه صاحب الحقّ،
فإن نكل المدعى عليه عن اليمين قضى القاضي عليه بالنكول وألزمه
ما أدّعا به عليه، ويصحّ القضاء بالنكول في أول مرة -هو المذهب-

(١) رواه مسلم (١٣٩) كتاب: الإيمان، باب: وعيد من أقطع حق يمين فاجرة بالنار.

(٢) في (ب)، المدعى عليه عن كل يمينه أشرطاً عليه.

وهو الصحيح؛ إلا أن الخَصَّاف رحمته الله ^(١) قال: ينبغي له أن يعرض عليه اليمين ثلاث مرات، فيقول: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وألا قضيتُ عليك بالنكول وألزمْتُك ما أدَّعَى به عليك، وهذا إنذارٌ استحبَّ في موضع الخفاء احتياطًا، والمذهب هو الأول، حتى لو قضى بالنكول مرةً جاز، هو الصحيح والأول أولى، ولفظة (أولى) زائدة ولا تُردُّ اليمينُ على المدعي ^(٢).

وقال الشافعي رحمته الله ^(٣): تُردُّ اليمينُ على المدعي، فإذا حلفَ يقضى به؛ لأنَّ النكول لا ينتهضُ حجةً؛ لاحتمال أنه ترفعَ عن اليمين الصادقة، وإحتمال تمنُّعه عن اليمين الكاذبة، وأمَّا المدعي فيمنه غير محتملة بل هي دليلٌ على ظهورِ دعواه فيحكم به.

ولنا ^(٤): أنَّ النكولَ دليلٌ على أنه باطلٌ للمدعي أو مقرر له به، ولولا ذلك لأقدمَ على اليمين دفعًا لضرر الالتزام عن نفسه والردُّ لا وجه له؛ لأنه عليه السلام رتبَ يمين المدعى عليه على عجز المدعي عن البينة، وفي الردِّ ردُّ هذا الترتيب.

قال: (ولو قال لا أقرُّ ولا أنكرُ فالقاضي لا يستحلفه).

إذا قال المدعى عليه: لا أقرُّ بما أدعى ولا أنكره.

قال الإمام أبو حنيفة رحمته الله ^(٥): لا يستحلف.

(١) «الهداية» ١٧٦/٣، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٥.

(٢) «المبسوط» ٣٤-٣٥، و«الاختيار» ٣٧٩-٣٨٠، و«درر الحكام» ٣٣٢/٢، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٤-٦٩٨، و«اللباب» ٢٨-٢٩.

(٣) «الأم» ٣٠٩-٣١٠، و«التنبيه» ٢٥٤، و«المهذب» ٣٠٢/٢، و«الوجيز» ٢٦٦/٢.

وقالا^(١): يستحلف؛ لأنَّ كلاميه^(٢) تعارضاً (فتساقطاً)^(٣) فكان ساكتاً، والسكوت نكولٌ حكميٌّ فينزل منزلة النكول الحقيقي، وهو قوله: لا أحلف إذا لم يكون السكوت عن آفة مانعة عن الكلام. وأبو حنيفة رحمته الله^(٤) يقول: اليمين إنما يتوجه شرعاً على المنكر، وقد صرَّح بأنه غيرُ منكر، فلم يمكن تحليفه لكون القاضي يقول له: إمَّا أن تصدِّقه في دعواه، وإمَّا أن تصرِّح بالإنكار. فإن أصرَّ على كلامه كان جانباً لترك طاعة أولي الأمر فيؤدِّبه القاضي بالحبس^(٥).

قال: (ولا يحكم بالشاهد واليمين).

وإذا ادعى المدعي فطولبَ بالبينه فأحضر شاهداً واحداً. قال الشافعي رحمته الله^(٥): يُحلف المدعي على دعواه مع شهادة هذا الشاهد ويقضي بها القاضي، ومنع أصحابنا من ذلك^(٦). له: أنه رحمته الله قضى بالشاهد واليمين.

ولنا: أن النصَّ أوجب البينة على المدعي وهما شاهدان أو رجلٌ وامرأتان بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ

(١) «المبسوط» ٣٤-٣٥، ١٧/٢-٣٧٩، و«الاختيار» ٣٧٩-٣٨٠، و«درر الحكام» ٣٣٢/٢، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٤-٦٩٨، و«اللباب» ٢٨-٢٩/٤.

(٢) في (ب): (كلًّا منهما).

(٣) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٤) «بدائع الصنائع» ٣٥٩/٦، و«البحر الرائق» ٢٠٦/٧، و«درر الحكام» ٣٣٣/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥٤٨/٥.

(٥) «الأم» ٣٠٥-٣٠٦، و«الوجيز» ٢٥٥/٢، و«روضة الطالبين» ٢٥٢/٨، و«غاية البيان» ٣٣٠.

(٦) «المبسوط» ٢٩-٣٠، ١٧/٢-٣٨٠، و«درر الحكام» ٣٣٣/٢.

فَرَجُلٌ وَأَمْرًا كَانَ ﴿البقرة: ٢٨٢﴾، نقل الحكم عند فقد الشاهدين من الرجال إلى شهادة الرجل والمرأتين، ولو كان الحكم باليمين مع الشاهد الواحد مشروطاً لنقل الحكم إليه، والنص النبوي قسم البينة عليه واليمين على المنكر، والقسمة مما تنافي الشركة، فلو جاز يمين المدعي مع هذا الشاهد لكان ذلك ردّاً لهذه القسمة، وما رواه طعن فيه يحيى بن معين رحمته الله أو هو محمود على أنه لما أحضر الشاهد الواحد أستحلف رحمته الله المدعى عليه، ثم حكم بالنكول فرأى الراوي حكمه بعد الشاهد واليمين، فكانت الرواية مستندة إلى ظنة أنه قضى بشاهد ويمين^(١).

قال: (ولو قال يتنى حاضرة في المصر وطلب يمينه فهو ممنوع منه).

رجلٌ قال: لي بينة حاضرة (في المصر)^(٢) ثم طلب من القاضي أن يستحلف خصمه فإن كانت حاضرة في مجلس القاضي لم يستحلف إجماعاً^(٣)، وإن كانت غائبة من المصر مسافة السفر أستحلف إجماعاً^(٣)، وإن كانت في المصر فهي المسألة الخلافية. وقالوا^(٣): يستحلفه.

وقال أبو حنيفة رحمته الله^(٣): لا يستحلفه؛ ولذلك زاد قوله: (في المصر) تحقيقاً لموضع الخلاف.

(١) «المبسوط» ١٧/٢٩-٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٥٧، و«الاختيار» ٢/٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/٣٣٣.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٣/١٧٥، و«الاختيار» ٢/٣٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٥٤، و«اللباب» ٤/٢٩.

لهما: عمومُ قوله ﷺ: «واليمينُ على من أنكر»^(١) واعتبارًا بما إذا كانت اليئةُ غائبةً من المصرِ مسافةِ القصرِ. /١١٤٥/
 وله: أنه ﷺ رتب يمينه على عدم اليئةِ بقوله ﷺ: «ألك بينة؟»، فقال: لا. قال: «فلك يمينُهُ»^(٢)، واعتبارًا بما إذا كانت حاضرةً في مجلسِ القضاء.

قال: (ويأخذ كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام، فإن أمتنع لازمه إلا أن يكون غريباً فيلازمه مقدار مجلسِ القاضي).

إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر، قيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام، والغرض من ذلك أن لا يذهب حقُّه بتقدير غيبوبة المدعى عليه، والكفالة بالنفس جائزة على ما مرَّ في الكفالة، ثم أخذ الكفيل بمجرد دعواه استحساناً، ووجهه أن في ذلك نظراً للمدعي لحفظ حقِّه وليس فيه عظيمُ ضررٍ على المدعى عليه؛ لأنَّ الحضورَ مستحقٌّ

(١) جزء من حديث رواه الدارقطني ٣/١١٠، ٤/٢١٧-٢١٨، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/٣٨٨ (٢٠٤٦) من طريق عثمان بن محمد بن عثمان، عن مسلم بن خالد، عن ابن جريج عن عطاء، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «البينة على من أدعى، واليمين على من أنكر إلا في القسامة».

وأشار ابن الجوزي لضعفه، فقال: مسلم بن خالد ضعيف.

ورواه البيهقي ١٠/٢٥٢ بنحوه، من حديث ابن عباس.

قال النووي في «شرح مسلم» ٣/١٢: إسناده حسن أو صحيح. وقال في «الأربعين» حديث (٣٣): حديث حسن.

والحديث رواه البخاري (٢٥١٤) كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، ومسلم (١٧١١) كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه. عن ابن عباس بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

(٢) تقدم تخريجه.

عليه بمجرد الدعوى، ألا ترى أنه تعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله، فصح الأمر بالتكفيل لإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام، مروى عن الإمام^(١) هو الصحيح، ثم لا فرق بين أن يكون المأل المدعى به جليلاً أو حقيراً، والمدعى عليه خاملاً^(٢) أو نبيهاً في ظاهر المذهب، وعن محمد رحمته الله^(٣) أن المدعى عليه إذا كان معروفاً وجهاً يعلم أن مثله لا يخفي نفسه لا يطالب بالكفيل، وكذلك إذا كان المأل حقيراً، والمسألة موضوعة فيما إذا قال: لي بينة حاضرة في المصر. واكتفى في ذلك بأنه أردفها عقيب المسألة الناطقة بذلك، ولو قال: لا شهود لي أو شهودي غيب لم يكفل؛ لخلو التكفيل عن الفائدة، فإن امتنع المدعى عليه من إعطاء الكفيل بنفسه لازمه المدعي حفظاً لحقه، إلا أن يكون مسافراً على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي؛ لأن في الملازمة والكفالة أكثر من ذلك إضراراً به من حيث منعه من السفر، وليس في ملازمة هذا القدر كبير ضرر فجاز، وقد مرّ الكلام في كيفية الملازمة في الحجر^(٤).

قال: (ولا يستحلف في حدّ وكذا في مجرد نكاح، ورجعة،

وفيء، وولاد، وولاء، ورق، ونسب، وقيل: يفتى

بقولهما).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٥): لا يستحلف في الأشياء الستة وهي: النكاح، والفيء في الإيلاء، والرجعية والرق والولاء والنسب.

(١) «الهداية» ٣/ ١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٥٤، و«البحر

الرائق» ٧/ ٢١٠-٢١١.

(٢) في (ج): (جاهلاً).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٥-٣٦٦، و«وسائل الأسلاف» ص ٥٥٧-٥٥٩، و«إيثار

وقالاً^(١): يستحلف فيها وعلى هذا الخلاف الأستيلاد؛ لأنه ملحق بهذه الستة؛ لأن الدعوى فيه دعوى النسب أو دعوى الرق، وأجمعوا على أنه لا يستحلف في الحدود والكفارة^(٢) ولذلك عبر بالجملة النافية أولاً، ثم بالإسمية الدالة على الخلاف ثانياً.

وصورة المسألة في النكاح: أن يدعي رجل على امرأة نكاحها أو أدعت هي عليه نكاحاً. وفي الفیء في الإيلاء إذا ادعى بعد مضي مدة الإيلاء أنه فاء إليها في المدة، أو أدعت المرأة ذلك.

وفي الرجعة: إذا ادعى بعد أنقضاء عدتها أنه كان راجعها في العدة. وفي الولاء: إذا ادعى على معروف^(٣) النسب أنه معتقه^(٤)، أو ادعى معروف^(٥) النسب أنه معتقه، أو كان ذلك في الموالاة.

وفي الولاد، أي: في^(٦) النسب إذا ادعى الولد على الوالد، أو الوالد على الولد.

وفي الأستيلاد: إذا أدعت الأمة على المولى أنه ولدت منه وأنكر المولى، ولا يتصور العكس - أعني: الدعوى - من قبله عليها؛ لأن الأستيلاد يثبت بإقراره.

وقوله: (بمجرد نكاح) قيد زائد لفائدة تنقيح الخلاف يريد به أنه إذا لم يكن المقصود هو المال، فأما إذا كان المقصود هو المال كما إذا أدعت

الإنصاف ص ٦٩٨-٧٠٠، و«فتح القدير» ٨/ ١٨١-١٨٢، و«اللباب» ٤/ ٣١.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٥-٣٦٦، و«وسائل الأسلاف» ص ٥٥٧-٥٥٩، و«إيثار

الإنصاف» ص ٦٩٨-٧٠٠، و«فتح القدير» ٨/ ١٨١-١٨٢، و«اللباب» ٤/ ٣١.

(٢) من (ب)، (ج). (٣) في (ب)، (ج): (مجهول).

(٤) في (ج): (عبده). (٥) في (ج): (مجهول).

(٦) من (ب).

أمرأة على رجل أنه تزوجها بألف وطلّقها قبل الدخول بها، ولها عليه نصف المهر. فإنه يستحلف بالإجماع فإذا نكل يقضي عليه بنصف المهر. لهما^(١): أن هذه الأشياء شاركت غيرها في علة الاستحلاف فشاركها فيه؛ لأنّ الاستحلاف إنما شرع قاطعاً للخصومة، إمّا بتقدير الإقدام عليه فيكفّ المدعي عن دعواه، وإمّا بتقدير نكوله فيتمكّن المدعي من الأخذ، لكون النكول إقراراً معني؛ لأنّ هذه اليمين حرام^(٢) وإلا لأتي بها أمثالاً لأمر القاضي^(٣) المطاع، وامتناع العاقل الدين عن الإتيان بالواجب دليل حرمه اليمين؛ لكونها كاذبة، فيكون ذلك إقراراً منه بالمدعى دلالة، لكن في هذا الإقرار شبهة باعتبار كونه ثابتاً دلالة لا صريحاً، فلا يشرع فيما يندرى بالشبهات كالحدود واللعان؛ لأنّ اللعان في معناها، ويشرع فيما يثبت مع الشبهات كسائر الحقوق.

وله^(٤): أن الاستحلاف فيها لا يفيد فائدته، فلا يشرع؛ لأنّه شرع لقطع الخصومة ولا ينقطع بالنكول؛ لعدم تمكنه من الأخذ؛ وهذا لأنّ الامتناع عن اليمين [كما] يجوز أن يكون بحرمتها، وكونه كاذباً في الإنكار يجوز أن يكون صيانة للعرض عن نسبة التجاسر على اليمين الكاذبة ترفعاً وتنزهاً عن اليمين الصادقة؛ ولا شبهة الحال عليه، فكأنه يقول: لا آتي باليمين وإن كنت صادقاً، ولا أمتنع عن ما يدّعيه بل أبذله له فتمكنت فيه شبهة البذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء فلا يجري الاستحلاف؛ لأنّ فائدته

(١) «الهداية» ١٧٧/٣، و«الاختيار» ٣٨٢/٢، و«البحر الرائق» ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٣٣٤/٢.

(٢) من (ب)، (ج). (٣) في (ب): (القاطع).

(٤) «الهداية» ١٧٧/٣، و«الاختيار» ٣٨٢/٢، و«البحر الرائق» ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٣٣٤/٢.

القضاء بالنكول ولم ينتصب النكول حجة / ١٤٥ب/ وجعله باذلاً أولى من جعله مقراً صيانة له عن نسبة الكذب إليه في إنكاره.

وقد ذكر القاضي الإمام قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير»^(١) أن المنكر يستحلف في الأشياء الستة عندهما، فإذا نكل يحبس حتى يقرأ أو يحلف، والفتوى على هذا، ولذلك زاد في الكتاب: (وقيل: يفتى بقولهما^(٢)) ولما كان هذا البذل لرفع الخصومة ملكه والمكاتب والمأذون له في التجارة؛ لما فيه من رفع الخصومة عنهما بمنزلة الضيافة اليسيرة، والإعارة وصحة البذل في الدين بناءً على زعم المدعي أن الناكل ليس ببازل وإنما يوفي حقاً عليه، وإن زعم المدعي عليه (كونه باذلاً)^(٣) لكن أمر المال هين، ويجري فيه البذل الذي هو ترك المنع بخلاف الأشياء الستة؛ لامتناع جريان البذل فيها.

قال: (ويحلف في دعوى القصاص في النفس والطرف، فإن نكل فالقصاص في الطرف والحبس في النفس حتى يقرأ أو يحلف، وقالوا: المال فيهما).

رجلٌ أدعى على آخر قصاصاً في نفس أو طرفٍ أستحلف بالإجماع^(٤)، فإن حلف أنقطع الخصومة، وإن نكل.

(١) «الجامع الصغير» ص ٣٨٨-٣٨٩.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٧٦-١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٤،

(٣) من (ج).

(٤) «الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«المبسوط» ١٦/ ١١٥-١١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٠، و«اللباب» ٤/ ٣٧.

قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله: الحكم هو القصاص في الطرف، والحبس حتى يقر، أو يحلف في النفس.

وقال^(٢): لا يقضي بالقصاص بل يقضي بالمال فيهما. لهما أن النكول إقرار دلالة على ما مرّ إلا أنه تمكنت فيه شبهة يمتنع القصاص بالشبهة في الطرف، كما يمتنع في النفس فيقضي بالمال لتعذر استيفاء القصاص من جانب من عليه، كما لو ادّعى عليه العمد فأقرّ بالخطأ، وله أن النكول إن كان بذلاً على ما مرّ، فلا يجري في النفس وإن كان إقراراً بالقصاص يمتنع بالشبهة، ولا يمكن إيجاب دية النفس بالنكول؛ لأنها بذل عن النفس فيتحد الحكم فيهما فيجب الحبس حتى يقرّ أو يحلف، وأمّا الطرف فهو ما يحقّ بالأموال من جهة أن الأطراف مخلوقة لمنفعة الآدمي كالأموال، والبذل يجري في الأموال، فيجري فيما ألحق بها، والأموال لا تمتنع بالشبهة، فكذا ما ألحق بها؛ ولهذا لو قال: أقطع يدي، فقطعها لم يجب عليه الضمان، إلا أنه غير مباح لخلوه عن الفائدة، وهذا البذل ههنا مفيد لرفع الخصومة فصار كقطع اليد للأكلة، وقلع السن للألم، وإذا امتنع القصاص في النفس، واليمين مستحقة وجب الحبس كما في القسامة.

قال: (ولو ظفر بجنس حقه أخذه أو بخلافه يمنعه الغريم).

إذا ظفر من مال غريمه بجنس ماله فله أخذه، وإن ظفر من ماله بخلاف جنسه لم يجز له أخذه^(٣).

(١) «الاختيار» ٣٨٢/٢، و«المبسوط» ١١٥-١١٨، و«البحر الرائق» ٢١٠/٧، و«اللباب» ٣٧/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٨، و«فتاوى قاضيخان» ٢٢٥/٥.

وللشافعي رحمته الله قولان^(١): أحدهما: يأخذ ويرفع إلى القاضي حتى يبيعه في حقه بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وقيل: إنه يستقل بالنفع بغير جنس حقه، وقيل: بل يملك من العين بمقدار حقه. وجه القول الأول بالجواز: أن ما ظفر به وإن لم يكن من جنس حقه لكن ماليته القائمة به من جنس حقه، فكان له أخذه؛ لأنه بسبيل من أخذ ما هو جنس حقه إجماعاً^(٢) ولا وصول له إلى المالية إلا بأخذه، فجاز له أخذه تمكيناً من الوصول إلى ماليته.

ولنا^(٢): أنه غير حقه، فهو وإن كان له^(٣) بسبيل من حقه لكنه ممنوع من أخذ حقه، والدليل على أنه غير حقه أنه لو دفعه إليه المطلوب لم ينزل قابضاً إلا أن يرضى به، ولو كان حقه لنزل قابضاً له بالتخلية كما لو أحضر ما هو جنس حقه فإنه ينزل قابضاً بالتخلية؛ لأنه عين حقه حكماً؛ وهذا لأن قبض الطالب غير جنس حقه اقتضاء عن حقه لا يكون إلا بطريق المقاصة، وإنها في معنى البيع فلا بد فيه من التراضي^(٢).



(١) «الوجيز» ٢/٢٦٠، و«التهذيب» ص ٢٦٥، و«المهذب» ٢/٣١٨-٣١٩، و«حلية العلماء» ٨/٢١٤-٢١٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٢٥.

(٣) من (ج).

فصل:

في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: (ويحلف بالله ويؤكد بأوصافه لا بالطلاق والعناق).

أما اليمينُ بالله تعالى دون غيره، فلَمَّا مرَّ في كتاب الإيمان وقال ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك»^(١)، وإنما يؤكدُ بذكر أوصافه تغليظًا في اليمينِ كقوله: قل: والله الذي لا إله إلا هو، الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الذي يعلم من السرِّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي^(٢) يدعيه، وهو كذا وكذا ولا شيء منه، وللقاضي أن يزيدَ في التغليظ وينقص منه^(٣) على حسب ما يقتضيه الحال ويحتاط كيلا يتكرَّر اليمينُ بإدخال حرف العطف، كقوله: والله والرحمن والرحيم. فإنها حينئذٍ إيمان ثلاثة^(٤).

وقيل: لا تغلظ اليمينُ على المعروف بالدين والصلاح، ويغلظ على غيره.

وقيل: تغلظ في الخطير من المال دون الحقير وإنما لا يستحلف بالطلاق والعناق؛ لأنَّ اليمينَ بهما يمينٌ بغير الله تعالى.

(١) رواه أبو داود (٣٢٥١)، وأحمد ٤٧/١، وابن حبان ١٩٩/١٠-٢٠٠ (٤٣٥٨) من حديث ابن عمر.

قال الشيخ أحمد شاکر في تعليقه على «المسند» (٣٢٩): إسناده صحيح. وصححه الألباني في «الصحيحة» (٢٠٤٢).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «المبسوط» ١١٨/١٦-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٣٦١/٦، و«الهداية» ١٧٨/٣، و«الاختيار» ٣٨٢/٢-٣٨٣.

وقيل في زماننا: إذا ألحَّ الخصمُ ساغ للقاضي التحليفُ بهما؛ لقلة المبالاة باليمين بالله.

قال: (ولا يغلظ بزمانٍ ولا مكان).

لأنَّ الغرضَ من اليمينِ تعظيمُ المقسمِ به، وذلك حاصلٌ بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرجٌ على القاضي بإيجاب حضوره تلك الأمانة أو الأزمنة والحرَجُ مرفوعٌ^(١).

قال: (واليهوديُّ بالله الذي أنزل التوراة / ١١٤٦/ على موسى، والنصرانيُّ بالله الذي أنزل الإنجيلَ على عيسى، والمجوسيُّ بالله الذي خلق النار).

روي أن رسول الله ﷺ قال لابنِ صوريا الأعور^(٢): «أُشَدُّكَ بالله الذي أنزل التوراةَ على موسى أنَّ حكمَ الزنا في كتابكم هذا»^(٣).
فهذا نصٌّ عليه يعمل عليه، ولأن اليهوديَّ يعتقد نبوةَ موسى ﷺ
(والنصراني بنبوةَ عيسى ﷺ)^(٤) فتغلظ على كلِّ واحدٍ منهما بذكر

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، و«الهداية» ٣/ ١٧٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٣، و«اللباب» ٤٠/ ٤.

(٢) هو عبد الله بن صوريا، ويقال: ابن صور، الإسرائيلي، كان من أجبار اليهود، ويقال إنه أسلم، لكنه أرتد بعد ذلك. أنظر «الإصابة» ٢/ ٣٢٦.

(٣) رواه أبو داود (٣٦٢٦) عن عكرمة مرسلاً.

وأصله رواه البخاري (٣٦٣٦) كتاب: المناقب، باب: قول الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾، ومسلم (١٦٩٩) كتاب: الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنا. من حديث ابن عمر.

ورواه مسلم (١٧٠٠) من حديث البراء بن عازب.

(٤) من (ب)، (ج).

ما أنزل على نبيه، وذكر محمد^(١) ﷺ في «الأصل»: أن المجوسي يحلف بالله الذي خلق النار وروي عن أبي حنيفة^(٢) ﷺ: أنه لا يحلف أحد إلا بالله خالصاً. وذكر الخصاص^(٣) ﷺ: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض المشايخ، وقد لاحظ في ذلك لطيفة وهي أن في ذكر النار مع أسم الله تعالى تعظيماً لها، ولا ينبغي ذلك بخلاف الكتابي^(٤)، لأنه كتب الله (تعالى معظمة)^(٥)، والوثني يستحلف بالله؛ لأن الكفار مقرّون بالله تعالى ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧].

قال: (ولا يحلفون في متعبداتهم).

لأن القاضي ممنوع عن حضورها^(٦).

قال: (وإذا جحد أنه باعه هذا العبد بألفٍ استحلف ما بينكما

بيع قائم فيه، وفي الغصب ما يستحق عليك رده. وفي

النكاح ما بينكما نكاح قائم في الحال. وفي الطلاق

ما هي بائن منك الساعة بما قالت لا بنفيها).

معنى قوله: لا بنفيها أي: لا يحلف في البيع بالله ما بعت، ولا في

(١) «المبسوط» ١٦/١١٩-١٢٠، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٦٢، و«الهداية» ٣/١٧٨-١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/٢١٢-٢١٣.

(٢) «المبسوط» ١٦/١١٩-١٢٠، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٦٢، و«الهداية» ٣/١٧٨-١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/٢١٢-٢١٣، و«اللباب» ٤/٤٠-٤١.

(٣) «الهداية» ٣/١٧٨، و«البحر الرائق» ٧/٢١٤.

(٤) في (ب)، (ج): (الكتابين). (٥) من (ب)، (ج).

(٦) «الهداية» ٣/١٧٨، و«البحر الرائق» ٧/٢١٤.

الغصب بالله ما غصبت، ولا في الطلاق بالله ما طلقت؛ وهذا لأنَّ البيع قد يقال ويفسخ، والغصب قد يفسخ بالهبة أو البيع، أو النكاح قد يطرأ عليه الخلع والطلاق قد يجدد بعد الإبانة، فاليمينُ على الحاصلِ في هذه الوجوه؛ لأنه لو حلف على السبِّ يتضرر المدعى عليه. وهذا قول أبي حنيفة^(١) ومحمد^(٢) رحمهما الله.

أما على قول أبي يوسف، رحمته الله فإنه يحلف على السبِّ إلا إذا عرض شيء مما ذكرناه فيحلف حينئذٍ على الحاصل، وقيل: يلحظ إنكار المدعى عليه، فإن أنكر السبَّ حلف عليه، وإن أنكر الحكم حلف على الحاصل، فعندهما^(١) اليمينُ على الحاصلِ هو الأصل إذا كان السبب مما يرتفع كما بيناه، إلا إذا كان في التحليف على الحاصل ترك النظر في حق المدعي فيحلف على السبِّ حينئذٍ؛ كما إذا أدعت المبتوتة النفقة على زوجها، والزوج ممن لا يعتقد وجوبها، فإذا حلف على الحاصل، فقال: والله لا تستحق علي نفقة يكون صادقاً في نفسه واعتقاده، وتتضرر المرأة فيحلف على السبِّ فيقول: والله ما أبنتها.

وكذلك إذا ادعى الشفعة بالجوار والمشتري ممن لا يعتقد بها يحلف على السبِّ نظراً في حق المدعي هذا إذا كان السبب^(٢) مما يرتفع فإن كان مما لا يرتفع برافع بخلاف العبد الكافر والأمة الكافرة فإن الرق يتكرر عليها بالردة واللاحاق، ويتكرر عليه بنقض العهد واللاحاق، ولا يتكرر على المسلم فافترقا^(١).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٤-٣٦٥، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٠٠-٢٠١، و«الاختيار» ٢/٣٨٤-٣٨٥، و«اللباب» ٤/٤١-٤٢.

(٢) من (ب).

قال: (ويحلف الوارث على العلم والمشتري على الثبات).

هاتان مسألتان من الزوائد:

الأولى: رجلٌ ورث عبداً فادعاه آخر أنه له حلف بالله ما يعلم أستحقاقه له؛ لأنه لا علم له بما صنع مورثه، ولا يحلف على الثبات؛ لأنه لا يتحقق عدم الاستحقاق^(١).

الثانية: إذا اشترى عبداً أو وهب له فادعاه آخر يحلف على الثبات لوجود المطلق لليمين، فإنَّ الشراء سببٌ لثبوت الملك وضعاً، فإذا أمتنع عن اليمين صار باذلاً، وكذلك حكم الهبة^(٢).



(١) «المبسوط» ٤٠/١٧-٤٢، و«فتاوى قاضيخان» ٢٠٥/٥، و«الهداية» ١٧٩/٣، و«البحر الرائق» ٢١٧/٧.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٢٠٥/٥، و«الهداية» ١٧٩/٣، و«البحر الرائق» ٢١٧/٧، و«اللباب» ٣٠/٤.

فصل: في التحالف

قال: (وإذا أدعى البائع ثمنًا أكثر أو المشتري مبيعًا أكثر قضى لمن أقام البيّنة).

إذا اختلف المتبايعان في البيع، فادعى أحدهما ثمنًا وادعى البائع أكثر منه أو أترف بقدر من المبيع، فادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البيّنة على دعواه حكم بها؛ لأن إحدى الدعوتين تنورت بالحجة، وفي الأخرى تجردها^(١).

قال: (فإن برهنا قدم أثبتهما للزيادة).

لأن البيّتين تعارضتا في الإثبات وخلا المثبت للزيادة عن معارض، وإذا كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعًا، فبيّنة البائع أولى في الثمن، وبيّنة المشتري أخرى في المبيع نظرًا إلى إثبات الزيادة^(١).

قال: (وإلا دعيا إلى التراضي).

أي: وإن لم يكن لكل واحد منهما بيّنة قيل للمشتري: إما أن ترضي بالثمن الذي يدّعيه البائع عليك وإلا فسخنا البيع، ويقال للبائع: إما أن تسلم ما أدعاه المشتري عليك من المبيع وإلا فسخنا البيع؛ لأن الدعاء إلى الرضا جهة في قطع الخصومة، والمقصود قطعها فقد لا يرضيان بالفسخ، فإذا تحققاه تراضيا^(١).

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠،

و«اللباب» ٤/ ٤٤-٤٥.

قال: (فإن أمتنعا أستحلفا وفسخ البيع وبُدئَ بالمشتري في الصحيح).

وإذا طلبهما القاضي إلى التراضي فأبيا /١٤٦ب/ أستحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض جارٍ على مقتضى القياس، وبعد القبض جارٍ على خلاف القياس ثابت بالسنة.

أما الأول: فلأن البائع مدّعٍ لزيادة الثمن والمشتري منكرٌ، وكذلك المشتري مدّعٍ؛ لوجوب تسليم المبيع بما يعد من الثمن والبائع منكرٌ فكل منهما منكر ما يدّعيه الآخر فيحلف.

وأما الثاني: أعني بعد القبض فمخالف للقياس؛ لأن المشتري لا يدعي شيئاً؛ لأن المبيع سالمٌ له فبقيت دعوى البائع في زيادة الثمن حسب، والمشتري منكرٌ، فالقياس يقتضي الاقتصار على تحليفه، إلا أنا عدلنا عن القياس؛ بقوله ﷺ: « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراذلاً »^(١) ويبدأ القاضي بتحليف المشتري عند أبي حنيفة^(٢) رحمه الله في رواية وهو قول محمد^(٢) رحمه الله، وقول أبي يوسف^(٢) رحمه الله الآخر هو الصحيح، والتنصيبُ على الصحيح من الزوائد. وهذا لأنَّ المشتري أشدُّ الرجلين إنكاراً حيث يطالب بالثمن أولاً؛ ولأنه هو الذي يتعجل فائدة النكول بالزام الثمن، ولو بدئَ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى حين استيفاء الثمن.

(١) ينظر الحديث الآتي.

(٢) «فتح القدير» ٢٠٨-٢٠٩، و«البحر الرائق» ٢٢٠/٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥٥٩/٥-٥٦٠، و«اللباب» ٤٥/٤-٤٦.

ووجه قول أبي يوسف ^(١) ﷺ الأول قوله ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » ^(٢) ولا يقصر ^(٣) هذا التخصيص عن إفادة التقديم، هذا إذا كان الاختلاف بينهما في السلعة والتمن، فإن اختلفا في بيع عين بعين أو تمن بتمن بدأ القاضي باستحلاف من شاء منهما؛ لتساويهما في الإنكار، ولو اختلفا في المبيع يبدأ بتمن البائع؛ لأنه أشدُّهما إنكاراً، ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً يبدأ به ^(٤) (...) أستويا في الإنكار فيترجح بالبداة (...) ^(٥) وصفه يمين المشتري: والله ما اشتراه بألفين، ويمين البائع: والله ما باعه بألف. وذكر في الزيادات أنه يضم النفي إلى الإثبات، فيقول المشتري: والله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف. والبائع: والله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين. والغرض من ذلك التأكيد، إلا أن الأصحَّ هو الأول؛ لأنَّ الأيمانَ وضعت على النفي؛ لأنها على الإنكارِ بدليل حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً، فإذا حلفا فسخ القاضي البيعَ بينهما، وفي هذا دليل على أنه لا ينفسخ

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ٤٥-٤٦.

(٢) رواه الترمذي (١٢٧٠)، وأحمد ٤٦٦/١ من طريق ابن عجلان، عن عون بن عبد الله، عن ابن مسعود، مرفوعاً. قال الترمذي: حديث مرسل؛ عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود. ولهذا ضعف إسناده الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على «المسند» (٤٤٤٤). ورواه ابن ماجه (٢١٨٦)، والدارقطني ٢١/٣ من طريق هشيم عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود وللحديث طرق أخرى ذكرها الألباني في «الإرواء» (١٣٢٢) وصححه، دون لفظ: (تحالفا).

(٣) في (ب): (يقضي).

(٤) غير واضح بالأصل وساقط من (ب)، (ج).

(٥) بياض في الأصل، وساقط من (ب)، (ج). يفهم من السياق أنه المشتري.

لمجرد التحالف لأنه لم يثبت دعوى كل منهما، فيكون بيع مجهول فيفسخه القاضي دفعًا للمنازعة، أو لما لم يثبت البذل كان بيعًا بغير بذل وهو فاسدٌ، ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. وإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر ليكون باذلاً بالنكول^(١).

قال: (وإذا اختلفا في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن كان القول للمنكر).

إذا ادّعى أحدهما أجلًا وأنكره الآخر، أو ادّعى أحدهما شرط الخيار وأنكره الآخر أو أنه استوفى بعض الثمن فأنكر ذلك فلا تحالف بينهما؛ لأنَّ الاختلاف في هذه الأشياء اختلف في غير المعقود عليه والمعقود به، فينزل منزلة الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لان تقدم الأجل وشرط الخيار وقبض الثمن لا يحيل البيع لنفاء ما به قيام^(٢) العقد، وهو الركن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه، حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لرجوع ذلك الاختلاف إلى نفس الثمن؛ لأن الثمن دينٌ وهو مما يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل؛ لأنه ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن موجودٌ بعد مضي الأجل، وإذا لم يجر بينهما التحالف، فالقول قول المنكر مع يمينه؛ لأن الأجل والشرط إنما يثبت بعارض الشرط، والقول (لمنكر)^(٣) العوارض^(٤).

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ٤٥-٤٦،

(٢) في (ب)، (ج): (قوام). (٣) في (ج): (قول منكر).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٨١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٠، و«اللباب» ٤/ ٤٦.

قال: (أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته، وجعلا القول للمشتري).

قال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(٢) رحمهما الله: إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

وقال محمد^(٣) رحمه الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراذًا»^(٢) ولأن كلاً منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيتوجه اليمين عليه، فإذا تحالفا تعارضا وتعذر إمضاء البيع، فوجب رد كل منهما على ما هو حقه كان قائماً وإلى بذله إن كان قائماً، ولهما أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لسلامة المبيع، ولا يطالب البائع بشيء ينكره وأما البائع فإنه يطالب المشتري بزيادة الثمن والمشتري ينكره، فيكون القول قوله مع اليمين، وإنما يثبت التحالف فيه نصاً بشرط بقاء المبيع وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراذًا» والتحالف حال قيام السلعة يفسد الفسخ، ولا كذلك بعد الهلاك لارتفاع العقد بهلاك المبيع، قوله: كل منهما ينكر دعوى الآخر، قلنا: لا اعتبار بالدعوى إذا لم يكن معها المطالبة بشيء في الحال، والمشتري لا يطالب البائع بشيء في الحال لسلامة المبيع في يده، بخلاف ما قبل القبض لما مرَّ بيانه^(٣).

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٠، و«اللباب» ٤٦/ ٤.

(٢) ينظر الحديث السابق.

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٩٠-٣٩١، و«فتح القدير» ٨/ ٢١٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠.

قال: (أو بعد هلاك بعضه فالتحالف ممتنع، إلا أن يرضى
البائع بترك حصة الهالك، والقول للمشتري وأمر
بالتحالف في القائم والفسخ فيه /١٤٧/ ويجعل القول
للمشتري في قيمة الهالك، وأمر به فيهما).

إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد هلاك بعض المبيع، كعبدین مات
أحدهما عند المشتري فقال البائع: الثمن ألف وخمسمائة. وقال المشتري:
بل ألف.

لا يتحالفان عند أبي حنيفة^(١)، إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة
الهالك، والقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه هو المنكر على ما مر.
وقال أبو يوسف^(١) رحمه الله: يتحالفان في الحي، أي: يحلف المشتري
بالله ما اشتراهما بألف وخمسمائة، ويحلف البائع بالله ما باعهما بألف،
وإذا حلفا فسخ البيع في الحي ويرده وحده.

وقال محمد^(١) رحمه الله: يتحالفان ويفسخ البيع بينهما، فيرد الحي وقيمة
الهالك وهذا الاختلاف بناء على ما قدمناه في المسألة السابقة، وهو أن
قيام المعقود عليه شرط جريان التحالف بعد القبض عند أبي حنيفة^(١)
وأبي يوسف^(١)، وعند محمد^(١) ليس بشرط، وعند أبي يوسف يتحالفان
ويترادان في القائم. والقول قول المنكر مع يمينه في قيمة الهالك؛ لأن
أمتناع جريان التحالف باعتبار الهلاك فيتقدر بقدر الهالك، وإنما يحلف
المشتري عليهما جميعاً؛ لأنه لو حلف على القائم وحده فقال: والله

و«اللباب» ٤/٤٧.

(١) «الهداية» ٣/١٨١-١٨٢، و«الاختيار» ٢/٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/٢٢٢-٢٢٣،

و«اللباب» ٤/٤٧-٤٨.

ما أشتريته بمائة مثلاً لم يكن كاذباً؛ لأنه ما أشتراه بمائة بل أشتراهما بألف أو بألف وخمسمائة، فصار القائمُ مشتريَ ببعض الثمن في ضمن شرائه إِيَّاهما؛ لأنه لو أشتري القائم وحده بشيء معين، فإذا حلّفا فسُخِّ البيعُ فيه فيرده على البائع ويدفع من الهالك ما أترف أنه حصة الهالك من الثمن المسمى.

وأبو حنيفة^(١) يقول: إنَّ التحالفَ على خلافِ القياسِ حالَ قيامِ المبيع وهو اسم لجميع أجزائه فلا يبقى المبيعُ بعد هلاكِ بعضه؛ ولأنَّ التحالفَ في القائمِ على اعتبار حصة^(٢) من الثمن تستلزم القيمةَ على القيمة وهي مظنونة لاستنادها إلى الخمر^(٣)، فيؤدي إلى التحالفِ مع الجهلِ وأنه غير جائز، إلّا أن يرضى البائعُ بترك حصة الهالك؛ لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم، ويخرج الهالكُ عن العقد فيتحالفان.

قال: (ولو أشتري عبداً فباع^(٤) نصفه، ثم اختلفا فالقولُ للمشتري ويأمرُ بالتحالفِ والفسخِ في النصفِ إن رضي البائعُ، وأمر به في النصفين فيرد القائم وقيمة المبيع إن رضي وإلا فقيمتهما).

رجل أشتري عبداً وقبضه، ثم باع نصفه من آخر ثم اختلف الأولان

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١-١٨٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«اللباب» ٤٧/ ٤-٤٨.

(٢) في (ج): (حصته).

(٣) الخمر: التقدير والخمر. «الصحيح» ص ٢٢٩ مادة خمر.

(٤) في (أ): (فباعه).

في الثمن لا يتحالفان عند أبي حنيفة^(١) كَلَّلَهُ بل القول قول المشتري مع يمينه.

وعند أبي يوسف^(٢) كَلَّلَهُ يتحالفان ويفسخ البيع في النصف الباقي على ملكه إن رضي البائع به؛ لأنه تعيب بعيب الشركة، فلا يمكن رده عليه إلا أن يرضى به، فإذا رضي تحالفا ورد المشتري عليه هذا الصف ونصف ما يعترف به من الثمن، وإن أبى البائع ذلك لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري.

وعند محمد^(٣) كَلَّلَهُ يتحالفان إن رضي البائع يعود النصف^(٣) إليه فيفسخ البيع، ويرد المشتري إليه النصف القائم من العبد وقيمة النصف المبيع، وإن لم يرض يتحالفان ويفسخ البيع في العبد كله فيرد المشتري قيمة النصفين، وهذه مبنية على ما سبقها.

قال: (أو في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وتراذًا).

يعني: وقع الاختلاف في البدل أو في المبدل، وهذا لما بين البيع والإجارة من الشبه، والتحالف في البيع قبل القبض جار على وفاق القياس، والإجارة نظير البيع قبل قبض المبيع والكلام في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه.

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٢-١٨١، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٢-١٨٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١.

(٣) في (ب): (التصرف).

ويبدأ يمين المستأجر إذا وقع الاختلاف في الأجرة؛ لأنه هو المنكر لوجوبها، وإن وقع في المنفعة بدأ يمين الآجر وأيهما فكل عن اليمين لزم دعوى الآخر وأيهما أقام البيّنة قبلت بيّنته.

ولو أقامها كانت بيّنة المؤجر أولى بالقبول إن كان الاختلاف في الأجرة، وبيّنة المستأجر أولى إن كان الاختلاف في المنافع، وإن كان الاختلاف فيهما قبلت^(١) بيّنة كل واحد منهما فيما يدّعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرًا بعشرة دراهم والمستأجر شهرين بخمسة، فيقضي بشهرين بعشرة فيعمل ببيّنة أحدهما في الزمان وبيّنة الآخر في مقدار الأجرة^(٢).

قال: (أو بعده كان القول للمستأجر).

إذا اختلفا في الإجارة بعد استيفاء المعقود عليه لم يتحالفا، والقول قول المستأجر. أمّا على أصل أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله فظاهر؛ لأن هلاك المعقود عليه مانع من التحالف. وأمّا على أصل محمد^(٢) رحمته الله فلأن (الهالك)^(٣) إنما لا يمنع التحالف في البيع؛ لما أن للمبيع قيمة تقوم مقامه فيتحالفان على القيمة، ولو جرى التحالف في الإجارة وفسخ العقد لم تبق قيمة؛ لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل تقومها بالعقد^(٢)، وبالفسخ ظهر أنه لا عقد، وإذا أمتنع التحالف على الأصليين كان القول قول المستأجر مع اليمين؛ لأنه هو المستحق عليه،

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٤-١٨٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١-٥٦٣، و«اللباب» ٤/ ٤٩-٥٠.

(٣) في (ب)، (ج): (الهالك).

وإن وقع الاختلاف، بعد استيفاء بعض المعقود عليه يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي، وكان القول في الماضي قول المستأجر؛ لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة، فيصير كأنه أبدأ العقد في كل جزء من المنفعة بخلاف البيع /١٤٧ب/ لأن العقد فيه ينعقد دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل^(١).

قال: (أو المولى والمكاتب في البدل والتحالف منتفٍ،
وقالا: يتحالفان ويفسخ).

إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة.
قال أبو حنيفة^(٢) رحمه الله: لا يتحالفان.

وقالا^(٢): يتحالفان وتفسخ الكتابة؛ لأن الكتابة عقد معاوضة وهو قابل للفسخ، فكان كالبيع، وهذا لأن المولى يدعي بدلًا زائدًا والعبد ينكره، والعبد يدعي على مولاه استحقاق العتق عند أداء ما يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان، كما إذا اختلفا في الثمن.

وله: أن بدل الكتابة يقابل ترك^(٣) الحجر من حق اليد والتصرف في الحال، وهذا حاصل للعهد وإنما ينقلب البدل مقابلًا بالعتق عند الأداء قبيل الأداء مقابلة، فكان اختلافهما فيه اختلافًا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان^(٢).

(١) «الهداية» ٣/١٨٤-١٨٥، و«الاختيار» ٢/٣٩١-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥٦١-٥٦٣، و«اللباب» ٤/٤٩-٥٠.

(٢) «الاختيار» ٢/٢٩٣، «اللباب» ٤/٥٠، و«فتح القدير» ٨/٢٣٤-٢٣٥.

(٣) في (ب)، (ج): (يفك).

قال: (أو الزوجان في متاع البيت، فما يصلح للرجل كان له أو للنساء فلها، أولهما فهو له، أو ورثه أحدهما مع الآخر، فالصالح لهما للباقي منهما ويأمر لها بجهاز مثلها والباقي له وأمر بصرفه إليه أو إلى ورثته).

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل فهو للرجل كالعمامة، أي أن القول قوله فيه أنه له، وما يصلح للنساء كالوقاية والمقنعة فهو للمرأة؛ لأن الظاهر شاهد له، وله فيما يصلح له، وفيما يصلح لها. وأما ما يكون صالحاً لكل واحد منهما كآنية البيت فهو للرجل عند أبي حنيفة^(١)؛ لأن المرأة في يده حكماً، فكان في يده ما في يدها حكماً، فكان الظاهر أنه يعارضه ظاهر أقوى من هذا الظاهر، ولا فرق في ذلك بين قيام النكاح وبين الفرقة، ولو مات أحدهما فاختلف الباقي وورثة الميت في المتاع فما يصلح لهما جميعاً هو للباقي منهما؛ لأن اليد للحي، والميت لا يد له.

وقال أبو يوسف^(١) رحمه الله: يدفع إلى المرأة جهازاً مثلها، والباقي يصرف إلى الزوج مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فإن المرأة تأتي الزوج ومعها جهازها فيبطل الظاهر القوي بظاهر الزوج والباقي عما يجهز مثلها لم يعارض ظاهر الزوج فيه ظاهر أقوى منه، فوجب اعتباره، والطلاق والموت سواء؛ لقيام الورثة مقام المورث.

وقال محمد^(١) رحمه الله: ما يكون صالحاً لهما فهو للرجل، كما قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله، ولوارث الرجل إن كان هو الميت لا للمرأة؛ لقيام

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٥-١٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٥-٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥٦٣-٥٦٤، و«اللباب» ٤/ ٥١-٥٠.

الوارث مقام الرجل والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقامه.

قال: (ونفينا الحكم بقسمته بينهما).

قال زفر^(١) رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء يكون مقسوماً بينهما بمنزلة عين في يد اثنين أدعيها.

ولنا^(١): أنها في يد الرجل^(٢) حكماً فما يكون في يدها يكون في يده فيكون الصالح لهما في يد الزوج، فتكون المرأة خارجة مدعية فالبينة بينة الخارج، والقول قول ذي اليد مع اليمين.

قال: (ولو كان أحدهما مأذوناً فهو للحر، وقالوا: حكمهما كالحرين).

إذا اختصم الزوجان وأحدهما مأذون له أو مكاتب والآخر حر فأخذهما في متاع البيت؛ فما يصلح لهما فهو للحر أي: القول قوله فيه أنه له عند أبي حنيفة^(٣) رحمه الله.

وقالوا^(٣): حكمهما وأحدهما مأذون له أو مكاتب حكمهما وهما حران؛ لأن للمكاتب والمأذون له في التجارة يداً معتبرة، ألا ترى أنه لو اختصم هو والحر في ثوب هو في يدهما يقضى به بينهما، ولا ترجح يد الحر عليه كذا ههنا.

وله^(٣): أن يد الحر أقوى من يده؛ لأن ما في يد الحر له من كل وجه،

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٥-١٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٥-٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥٦٣-٥٦٤، و«اللباب» ٤/ ٥٠-٥١.

(٢) في (ب)، (ج): (الزوج).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٨٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

وما هو في يد العبد ليس له من كل وجه، بل للمولى أو للغرماء من حيث المعنى، واعتبار اليد التي هي أقوى أولى، وأمّا المساواة بينهما في التجارات والخصومات فالأصل ما ينفي ذلك، إلاّ أنهما جعلاً سواء في ذلك دفعاً للخرج عن معاملته، ومتاع البيت ليس من التجارة في شيء فجرينا على الأصل، وقد حققت موضع الخلاف بقولي، وقالاً^(١): حكمهما كالحرين؛ لأنّ ظاهر لفظ أبي حفص رحمته الله وهو قوله: زوجان مأذونٌ وحر خصماً، وفي متاع البيت قد تكلمنا فذاك للحر، وقالاً: لهما؛ يشعر بأنّ المتاع يكون مشتركاً بينهما^(٢).

ومن المعلوم أنهما إذا كانا حرين فإنّ المرأة لا تشارك الرجل فيما يخصه، ولا يصلح لهما، فلو شاركت المأذونة لزوجها الحرّ فيما يخصه لكان ذلك ترجيحاً ليدها على يد الحرّة، وأنه باطل، ومراده بذلك أنّ حكم المأذون حكم الحر عنده^(٣) فما كان الحكم ثمة فهو الحكم ههنا فصرحت به إظهاراً لمراده وإيضاحاً لهذه الفائدة^(٣).



(١) «الهداية» ١٨٦/٣، و«الاختيار» ٣٩٢/٢، و«درر الحكام» ٣٤٣/٢، و«البحر الرائق» ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) في (ب): (عندهما).

(٣) «الهداية» ١٨٦/٣، و«الاختيار» ٣٩٢/٢، و«البحر الرائق» ٢٢٦-٢٢٧، و«درر الحكام» ٣٤٣/٢.

فصل: فيمن لا يكون خصمًا

قال: (وإذا أَدعى الخصمُ أنَّ الغائبَ أودعني الشيءَ أو رهنه أو غصبته منه أو أَسْتأجرته، وأقام بيَّنة فليس بخصم).

إذا أَدعى رجلٌ على آخر عينا في يده، فقال المدعى عليه: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائبُ أو رهنه عندي أو أَسْتأجرته منه أو غصبته منه، وأقام على ذلك بيَّنة ١٤٨/ فلا خصومةَ بينه وبين المدعي، لأنَّ بيَّنته أثبتت أن يده ليست يدُ خصومةٍ حيث تضمنت إثبات الملك للغائبِ.

وقال ابن شبرمة^(١): هو خصم^(٢)؛ لأنه لما تعدَّر إثباتُ الملك للغائبِ لعدم الخصم عنه، لم تندفع الخصومةُ عن هذا؛ لأنَّ أَدفَاعها بناءً على ثبوت الملك للغائبِ.

قلنا: مقتضى هذه البيَّنة شيان: ثبوت الملك للغائبِ، ودفع الخصومة^(٣) فما صادفت البيَّنة فيه خصمًا ثبت موجبُهما، وما لم تصادف لم يثبت، والغائبُ لا خصم عنه ليثبت الملك له فلم يثبت، والمدعي خصمٌ في ذلك فيثبت أَدفَاع خصومته، وهذا نظيرُ الوكيلِ بنقل المرأةِ أو العبد والأمة وإقامتهم البيَّنة على الطلاق والعتاق.

(١) عبد الله بن شبرمة: الإمام العلامة، فقيه العراق، أبو شبرمة، قاضي الكوفة، كان ثقة في الحديث، شاعرًا، حسن الخلق، جوادًا، روى ابن فضيل عن أبيه قال: (كان ابن شبرمة، ومغيرة، والحارث العكلي يسهرون في الفقه فربما لم يقوموا إلى الفجر)، توفي سنة أربع.

«طبقات خليفة» ١٦٧، و«طبقات الشيرازي» ٨٥، و«الكامل» ٥٢٨/٥، و«ميزان الاعتدال» ١٥٢/٣ (٤٣٧٥).

(٢) «المبسوط» ٣٧/٧.

(٣) في (ج): (خصومة المدعي).

وصورتها: رجل وكَلَّ وكيلاً بنقلِ أمراته من مكان كذا إليه، أو بنقل عبده إليه أو أمته، والعبد والأمة في يد آخر، فأقامت المرأة البيّنة أنها مطلقة ثلاثاً، وأقام العبد والأمة البيّنة (أنهما معتقان، فإن البيّنة مقبولة في قصر يد الوكيل عن ثقلهم؛ لأنه خصمهم لقيامه مقام الوكيل في القبض فتكون البيّنة على خصمه)^(١) على خصم فيقتصر يده، ولا يثبت بالبيّنة وقوع الطلاق والعتاق، بل ينتظر لذلك قدوم الغائب فتعاد إقامة البيّنة لثبوتهما، وهذا هو الاستحسان وإن كان القياس أن يتمكن من نقلهم؛ لأن البيّنة قد قامت على غير خصم فلا تعتبر، وإنما شرط في دفع الخصومة إقامة البيّنة؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يروم أن يحول الحق المتوجه عليه، فلا يصدق على ذلك إلا بحجة، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره^(٢).

قال: (وإن قال شهوده: لا نعرف من أودعه لم تندفع).

لاحتمال أن يكون المودع هو المدعي إذا لم يعرفوه؛ ولأنه لم يعين شخصاً يمكن المدعي أن يدعي عليه؛ لاستحالة الدعوى على مجهول فلو أندفعت الخصومة لتضرر بذلك المدعي^(٣).

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ٣٧/١٧-٣٨، و«الهداية» ٣/١٨٦-١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥٦٦-٥٦٧، و«اللباب» ٤/٣٨-٣٩.

(٣) «المبسوط» ٣٧/١٧-٣٨، و«فتح القدير» ٨/٢٤٠-٢٥٢، و«الاختيار» ٢/٣٨٥-٣٨٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٢٨.

قال: (أو نعرفه بوجهه دون نسبه فهي مندفعه ويخالفه إن كان معروفاً بالحيل لا مطلقاً).

رجلٌ أدعى عينا في يد آخر أنه ملكه. وقال ذو اليد: هو وديعةٌ غائبٌ عندي، ولا خصومةٌ لك معي. فإنها لا تندفعُ حتى يقيمَ البيّنة على أن يده يدُ أمانة، فلو قال شهوده: أودعه هذا الشيء (مَنْ) ^(١) لو رأيناه عرفناه لكننا لا نعرفه باسمه ونسبه، أندفعت الخصومةُ عند أبي حنيفة ^(٢)؛ لأنَّ الحاجةَ إلى الاسمِ والنسبِ للحكم، ولا حكم على الغائب، وإنما تقبلُ هذه البيّنة في دفعِ خصومة هذا المدعي (و) ^(٣) قصر يده، وهو وخصمه معلومان حاضران.

وقال أبو يوسف ^(٢): إن كان ذو اليد معروفاً (بالاحتياط) ^(١) لا تقبل بيّنته لدفعِ الخصومة؛ لجواز أنه واضع من يعينه على دفعِ دعوى المدعي فيسلمه إليه، ثم يستودعه منه، كذا في ^(١) الشهود، ثم يغيب فلا يقبل ذلك ممن يعرف بالتحيل صيانةً للحقوق عن التلف.

وقال محمد ^(٢): لا تندفع الخصومةُ مطلقاً معروفاً بالحيله كان أو غيرَ معروفٍ حتى يذكر الشهودُ أسمه ونسبه؛ لأنَّ القضاءَ للمجهول لا يصح.

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ٣٧/١٧-٣٨، و«فتح القدير» ٢٤٠-٢٥٢/٨، و«الاختيار» ٢/٣٨٥-٣٨٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٢٨.

(٣) في (ج): (في).

قال: (وإن قال: أبتعته منه كان خصمًا).

لأنه ثبت باعترافه أن يده يد ملك فثبت كونه خصمًا^(١).

قال: (أو أبتعته من فلان، وقال ذو اليد: أودعنيه. أندفعت

بغير بيّنة).

إذا قال المدعي: هذا الشيء أبتعته من فلان. وقال ذو اليد: أودعنيه فلان ذاك. سقطت الخصومة بغير بيّنة، لأنهما اتفقا على أن أصل الملك في المدعى كغيرهما، فتكون يد ذي اليد أمانة لا يد خصومة، إلا أن يقيم المدعي البيّنة أن فلانًا وكله بقبضه؛ لأنه أثبت بيّنة كونه هو الأحق بالإمساك^(٢).

قال: (أو سرق مني. وقال ذو اليد: أودعنيه فلان، وأقام بيّنة

على ذلك كان خصمًا وحكم بسقوطها).

إذا قال المدعي: هذا الشيء سرق مني. وقال ذو اليد، بل هذا الشيء أودعنيه فلان، وأقام بيّنة على ذلك. قال أبو حنيفة^(٣) وأبو يوسف^(٣): لم تندفع الخصومة وهو الاستحسان، والقياس ما قال محمد^(٣) أن الخصومة تندفع؛ لأنه أتى بالفعل غير مسمى الفاعل، فلم يكن مدعيًا للسرقة عليه، فصار كما لو قال: غُصِبَ مني، على ما لم يسم فاعله.

(١) «الهداية» ٣/١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٨-٥٦٩، و«البحر الرائق» ٧/٢٣١، و«اللباب» ٤/٣٩.

(٢) «فتاوى قاضيهان» ٥/٣١٠، و«فتح القدير» ٨/٢٤٤، و«درر الحكام» ٢/٣٤٤، و«البحر الرقيق» ٧/٢٣٣، و«اللباب» ٤/٣٩.

(٣) «فتح القدير» ٨/٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/٣٤٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٩، و«اللباب» ٤/٣٩.

ولهما^(١): أن الظاهر أن الفاعل هو ذو اليد، وإنما ستره درءاً للحدِّ عنه أو أقامه لحسبة الستر، فصارع كما لو صرح به بخلاف قوله غصب^(٢) مني، لأن الغصب لا حدَّ فيه ليكون حذفُ الفاعلِ حسبةً أو شفعةً آخر لدرء الحدِّ فافترقا.

قال: (أو أنَّ العين التي في يده كانت في يدي أمس وبرهن يأمر بتسليمها إليه).

رجل ادعى على آخر أنَّ هذا الشيء الذي في يدك الآن كان في يدي أمس، فمره أيها القاضي بدفعه إليَّ، وإن كان له فيه حقٌ فلتبته عليَّ، وأقام البيّنة على كونه في يده أمس.

قال أبو يوسف^(٣): يقضي بهذه البيّنة ويؤمر بالدفع إليه، وقال أبو حنيفة^(٣) ومحمد^(٣): لا يقضي بها. له أنَّ اليدَ حق مقصودٌ كالملك فتقبلُ الشهادةُ بها على ما مضى، كما لو قامت البيّنة أنه كان في يد فلان يوم مات، وكما لو شهدوا على إقرار المدعى عليه أنَّ اليدَ على هذا كانت للمدعي أو شهدوا بالأخذ من المدعي. /١٤٨ب/

ولهما: أنَّ الشهادة قامت على يدٍ منقطعة فلا تصح؛ لأنها شهادةٌ بالمجهول، وهذا لأنَّ الأيدي متنوعةٌ إلى يد ملكٍ وغازيةٍ ووديعَةٍ وغصبَةٍ وغير ذلك وبعضها يوجب الإعادة، وبعضها لا يوجبها فلا تجب الإعادة بالشك بخلاف ما أستشهد به. أمّا الشهادةُ باليد عند الموت فهي شهادةٌ

(١) «فتح القدير» ٢٤٣/٨، و«درر الحكام» ٣٤٤/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥٦٩/٥، و«اللباب» ٣٩/٤.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٢، و«المبسوط» ٣٦-٣٧، و«الاختيار» ٣٨٦/٢.

بالمملك؛ لأنها إما إن كانت يد مملك أو يد أمانة أو غصب، فإن كانت يد مملك فظاهر، وإن كانت يد غصب فبالموت تقرر عليه الضمان فصارت يد مملك، وإن كانت يد أمانة فإنها تصير يد غصب بالموت عن تجهيل، فتصير يد مملك بإيجاب الضمان، وأمّا الشهادة على إقرار المدعى عليه؛ لأنّ الإقرار بالمجهول يصح، أمّا الشهادة به فلا تصح، وأمّا البيّنة على الأخذ؛ لأنه يجب عليه نقض أخذه؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(١).



(١) رواه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» ٤١١/٣ (٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأحمد ٨/٥، ١٢، ١٣ من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤذي».

والحديث تكلم في إسناده؛ من أجل سماع الحسن من سمرة، قال ابن حزم في «المحلى» ١٧٢/٩: الحسن لم يسمع من سمرة. وقال الحافظ في «الفتح» ٢٤١/٥: سماع الحسن من سمرة مختلف فيه. وكذا قال في «التلخيص» ٥٣/٣. والحديث ضعفه الألباني في «الإرواء» (١٥١٦).

فصل: فيما يدعيه الرجلان

قال: (وإذا تنازعا عينًا في يد ثالث وبرهنا قضى بها بينهما، ولا نقرع).

رجلان أدعى كل واحد منهما أن هذه العين التي في يد فلان ملكه، وأقام بيّنة على ذلك قضي بالعين بينهما^(١).

وفي قول الشافعي^(٢): تهاترت البيتان. وفي قول آخر: يقرع القاضي بينهما؛ لاستحالة صدق البينتين جميعًا؛ لاستحالة ثبوت الملك في كل العين لكل واحد منهما في حالة واحدة، وقد تعدّر التمييز فتهاتران أو تصار إلى القرعة؛ لما روي أنه ﷺ أقرع في مثله وقال: « اللهم أنت الحكم بينهما »^(٣).

ولنا: حديث تميم بن طرفة الطائي^(٤) أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في ناقة وأقام كل واحد^(٥) بيّنة على دعواه فقضى بها بينهما^(١).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٢، و«المبسوط» ٣٢/١٧، و«بدائع الصنائع» ٣٧٤/٦،

و«الهداية» ١٨٨/٣، و«إيثار الإنصاف» ص ٧٠٤-٧٠٥، و«اللباب» ٣٢/٤.

(٢) «الأم» ٣١٥/٧، و«المهذب» ٣١٤/٢، و«الوجيز» ٢٧٠/٢، و«روضة الطالبين» ٢٣٩/٨، و«حلية العلماء» ١٨٨/٨-١٨٩.

(٣) رواه الطبراني في «الأوسط» ٢٠٤/٤ (٣٩٨٥) وقال الهيثمي في «المجمع» ٣٦٧/٤: فيه أسامة بن زيد القرشي وهو ضعيف. بلفظ: « اللهم أقض بينهما ».

(٤) رواه عبد الرزاق ١٩٤/٥ (٩٣٥٨) والطبراني ٢٠٤/٢ (١٨٣٣)، والبيهقي ١١١/٩، وقال الشافعي: تميم بن طرفة لم يدرك النبي ﷺ ولم يسمع منه، والمرسل لا تثبت به حجة لأنه لا يدري عنمن أخذه.

(٥) من (ج).

وما رواه محمودٌ من حديثِ القرعةِ كان في أولِ الإسلامِ ثم نسخَ؛ ولأنَّ المطلقَ لأداءِ الشهادةِ في حقِّ كلِّ فريقٍ من هؤلاء الشهودِ محتملُ الوجودِ لجوازِ اعتمادِ إحدى البيّتينِ على سببِ الملكِ، والأخرى على اليدِ فتصحُّ الشهادتانِ فتنزِعُ من يدِ ذي اليدِ؛ لتصادفِ الشهادةِ من الفريقينِ على أنَّ يدهُ ظالمةٌ غازیةٌ^(١)، وتجعلُ بينَ المدعيينِ لاستوائهما في سببِ الاستحقاقِ^(٢).

قال: (ولم يرجحوا بالعدالة).

إذا ادعى رجلانِ داراً في يدِ ثالثٍ، وأقام كلُّ منهما بيّنةً عادلةً على دعواه تنزعُ مِنْ يَدِ مَنْ هي في يدهِ ويقضى بها بينهما. وقال مالك^(٣) عليه السلام: تترجّحُ عدلُ البيّتينِ فيقضى بها؛ لأنهما تعارضتا، وللعدالةِ أثرٌ في الترجيحِ فترجح.

ولنا^(٣): أنَّ شهادةَ كلِّ فريقٍ حجةٌ تامّةٌ موجبةٌ على القاضي للقضاءِ بها عند انفردِها، فلا يجوزُ تعطيلُ إحدیهما عند الاجتماعِ، وإذا رجّحَ إحدیهما بالعدالةِ فقد عطلَ ما وجبَ قبولُهُ، وأنه لا يجوزُ^(٣).

قال: (ولا ترجيحُ بكثرةِ الحججِ).

يريد أن أحدهما إذا أقام شاهدين والآخر أربعة شهود فهما سواء؛ لأنَّ شهادةَ كلِّ شاهدينِ علةٌ تامّةٌ، كما في حالةِ الانفردِ، والترجيحُ إنما يقعُ بقوةِ

(١) في (ج): (عادية).

(٢) «التفريع» ٢/٢٤٢، و«المعونة» ٣/١٥٦٦، و«التلقين» ٢/٥٤٤، و«بداية المجتهد» ٢/٨٤٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٢، و«المبسوط» ١٧/٤١، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٣٤-٢٣٥.

في العلة لا بكثرة فيها على ما عرف في الأصول^(١).

قال: (وتقدم بيّنة الخارج على ذي اليد في الملك المطلق).

رجلان تنازعا في الملك المطلق وأحدهما خارج والآخر ذو اليد، وأقام كل واحد منهما بيّنة على دعواه، فبيّنة ذي اليد أولى بالعمل بها عند الشافعي^(٢).

وعندنا^(٣): لا تُسمع بيّنته، وبيّنة الخارج أولى بالعمل والقبول.

له^(٣): أن البيّنتين تساويا في الإثبات؛ لقيام كل منهما في محلها وهو الملك، فكانت اليد مرجحة لبيّنة ذي اليد لكونها دليل الملك، فكانت بيّنته أتم إظهارا لاعتضاها باليد، وصار كالتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتراف أو الاستيلاء أو التدبير.

ولنا^(٣): أن بيّنة الخارج أكثر إظهارا فكانت أحق بالقبول؛ وهذا لأن الملك لذي اليد ظاهر من وجه باعتبار دلالة اليد، وظهوره من كل وجه ينفي كون بيّنة ذي اليد مظهرة له من ذلك الوجه؛ لاستحالة إظهار الظاهر، وبيّنة الخارج مظهرة من كل وجه، فكانت أكثر إظهارا فكان ملك الخارج هو الظاهر دون ملك ذي اليد لاختصاص بيّنة الخارج بمزيد الإظهار فكانت غلبة الظن بثبوت موجبها فوق غلبة الظن بثبوت موجب بيّنة ذي

(١) «المبسوط» ٤١/١٧، و«الهداية» ١٩٣/٣، و«الاختيار» ٣٨٩/٢، و«درر الحكام» ٢٤٨/٢.

(٢) «الأم» ٣١٦/٦، و«المهذب» ٣١٢/٢، و«الوجيز» ٢٦٧/٢، و«روضة الطالبين» ٣٣٥/٨.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥١، و«المبسوط» ٣٢/١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣٧١/٥، و«الهداية» ١٩٠-١٩١/٣، و«الاختيار» ٣٨٦/٢.

اليَدِ، والترجيحُ باليد غير مستقيم لجواز أن تكون شهادة شاهديه بناءً عليها بخلافِ النتاج؛ لأنَّ اليَدَ لا تدل عليه، وكذا لا تدل اليَدُ على الإعتاق والاستيلاد والتدبير والولاء الثابت بها، فأمكن الترجيحُ بهِذه الأشياء^(١).

قال: (ولو ادعى أحدُ ثلاثة في يدهم دارٌ كُلُّها، والآخر ثلثيها، والآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومةٌ بالمنازعة أربعة وعشرين، للأول خمسة عشر، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة. وقالوا: بالعول مائة وثمانون، للأول مائة وثلاثة، وللثاني خمسون، وللثالث سبعة وعشرون).

زيدٌ وبشرٌ وبكرٌ في أيديهم دارٌ ادعى زيدٌ أن كلها له، وادعى/١١٤٩/ بشر أن ثلثيها له، وادعى بكر أن نصفها له، وأقاموا البيّنة على ذلك. قال أبو حنيفة^(٢) رحمته الله: تقسم الدارَ بينهم بطريقِ المنازعة على أربعة وعشرين سهمًا، لزيد خمسة أثمان الدارِ وهي خمسة عشر سهمًا، ولبشر ربعها وهي ستة أسهم، ولبكر ثمنها وهي ثلاثة أسهم؛ لأنَّ زيدًا يقول: لي الكل، وفي يدي الثلث، والثلثان في يدي صاحبي؛ لأنها إذا كانت في أيديهم كان في يد كلٍّ منهم الثلث شرعًا، وبشر يقول: لي الثلثان،

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥١، و«المبسوط» ٣٢/١٧، و«فتاوى قاضخان» ٣٧١/٥، و«الهداية» ٣/١٩٠-١٩١، و«الاختيار» ٣٨٦/٢.

(٢) «المبسوط» ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٧-٥٧٧.

وفي يدي ثلث والثلث في يدي صاحبي، وبكر يقول: لي النصف وفي يدي الثلث والسدس الباقي في يدي صاحبي، ومعلوم أن بينة كل منهم على ما في يده غير مقبولة؛ لكونه ذا اليد، وأن بينة الخارج أولى في الملك المطلق^(١) ولما كان في يد كل منهم ثلثها جعلنا الدار على ثلاثة أسهم وقلنا: إن زيدًا وبشرًا أثبتا على بكرٍ ما ادّعياه؛ لأنهما خارجان، وبكرٌ صاحبٌ يد في ثلثه وزيدٌ يدعيه كله له وبشرٌ يدعي نصفه، فسلم لزيد نصف ما في يد بكرٍ وتنازعا النصف الآخر فانقسم أرباعًا ثلاثة أرباعه لزيد وربعه لبشر، فضربنا أربعة في ثلاثة فكان الحاصل اثني عشر فجعلنا سهام الدار اثني عشر في يد كل منهم أربعة أسهم.

ثم إن زيدًا وبكرًا أثبتا ما ادّعياه على بشرٍ؛ لأنهما خارجان فانقسم ثلاثة على ثمانية بين زيد وبكرٍ؛ لأن بكرًا يقول: لي نصف الدار وفي يدي ثلثها والسدس الباقي نصفه في يد زيد ونصفه في يد بشرٍ. وزيد يقول: لي كل ما في يد بشرٍ. فقد سلم لزيد ثلاثة أرباع ما في يد بشرٍ بغير نزاع وبقي الربع متنازعًا فيه بينهما، وقد استوت منازعتهما فيه فانقسم نصفين، وكان لزيد سبعة أثمان ما في يد بشرٍ ولبكرٍ ثمنه؛ ولما أنقسم هذا الثلث على ثمانية أنقسم الثلثان الباقيان كذلك، فكانت سهام الدار أربعة وعشرين سهمًا.

ولما أثبت بشر وبكر ما ادّعياه على زيد صار ما في يده وهو ثمانية أسهم أربعة أسهم لبشر، وسهمان لبكر وبقي لزيد سهمان بلا نزاع فحصل لزيد خمسة عشر سهمًا؛ لأنه سلم له مما في يده سهمان، وحصل له مما في يد بكرٍ ستة أسهم، ومما في يد بشرٍ سبعة أسهم ومجموعها خمسة عشر،

(١) في (ج): (المعلق).

وحصل لبشر ستة أسهم أربعة مما في يد زيد وسهمان مما في يد بكر، وحصل لبكر ثلاثة أسهم، سهمان مما في يد زيد وسهم مما في يد بشر.

وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(٢) رحمهما الله: تقسم الدار بينهم بطريق العول والمضاربة على مائة وثمانين سهمًا لزيد مائة سهم^(٣) وثلاثة أسهم، ولبشر خمسون سهمًا، وبكر سبعة وعشرون سهمًا؛ لأن زيدًا وبشرًا لما أثبتنا ما أدعيا على بكر أنقسم ما في يده من الثلث بينهما أثلاثًا، الثلثان لزيد والثلث لبشر؛ لأن ما أثبت زيد ضعف ما أثبت بشر؛ لأن زيدًا يدعي كل ما في يد بكر وبشرًا يدعي نصفه، ولما أثبت زيد وبكر ما أدعياه على بشر أنقسم الثلث الذي في يده بينهما أخماسًا أربعة أخماسه لزيد وخمسه لبكر؛ لأن ما أثبت بكر مثل ربع ما أثبت زيد وكل شيء زدت عليه مثل ربعه كان خمس المجموع، ولما أثبت بشر وبكر ما أدعياه على زيد أنقسم ما في يد زيد بينهما أرباعًا، ربعان لبشر وربع لبكر وبقي ربع لزيد فيضرب الثلاثة في خمسة تكون خمسة عشر في أربعة فتكون ستين، ثم ستون في ثلاثة فتكون مائة وثمانين، فيقسم كل ثلث بستين سهمًا، فتقسم الستون التي في يد بكر بين زيد وبشر أثلاثًا، أربعون لزيد وعشرون لبشر.

وتقسم الستون التي في يد بشر بين زيد وبكر أخماسًا، ثمانية وأربعون لزيد واثنان عشر لبكر، فتقسم الستون التي في يد زيد بينهم أرباعًا، لبشر ثلاثون وبكر خمسة عشر فيحصل لزيد مرة أربعون ومرة ثمانية وأربعون،

(١) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-

٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

(٢) من (ج).

وسلم له مما في يده خمسة عشر، فالمجموع مائة وثلاثة أسهم، وحصل لبشر مرة عشرون وأخرى ثلاثون، فالحاصل له خمسون، وحصل لبكر مرة اثنا عشر، ومرة خمسة عشر فالحاصل له سبعة وعشرون.

لهما^(١): أَنَّ الْأَصْلَ فِي جَنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنْ تَقْسَمَ بِالْمَنَازَعَةِ، وَلِذَلِكَ حَلَفَ ابْنُ عَبَّاسٍ رضي الله عنه: أَنَّ اللَّهَ لَمْ يَخْلُقْ فِي مَالٍ وَاحِدٍ نَصْفَيْنِ وَثَلَاثًا وَلَا ثَلَاثِينَ وَنَصْفًا لِمَا يَبْدُلُ رَأْيَهُ مِنَ الْعَوْلِ إِلَى النِّزَاجِ فِي قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ إِلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ أَجْمَعُوا عَلَى الْقِسْمَةِ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ فِي الْمِيرَاثِ وَفِي قِضَاءِ الدِّيُونِ الَّتِي عَلَى الْمَيِّتِ وَتَرْكُتُهُ لَا تَفِي بِدْيُونِهِمْ، وَإِجْمَاعُهُمْ حُجَّةٌ، فَوُجِبَ الْعُدُولُ عَنِ الْقِسْمَةِ بِطَرِيقِ الْمَنَازَعَةِ إِلَى الْعَوْلِ فِيهَا وَفِيمَا يَشَبِّهُهَا تَحَرُّزًا عَنْ مَخَالَفَتِهِمْ، وَمَسْأَلَتُنَا شَبِيهَةٌ بِذَلِكَ، لِأَنَّ حَقَّ هَؤُلَاءِ فِي الدَّارِ ظَهَرَ مَعًا عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ عِنْدَ قِضَاءِ الْقَاضِي وَتَضَاقُيَتْ عَنْهَا فَالتَّحَقُّقُ بِالْحَقُوقِ الثَّابِتَةِ فِي الذِّمِّ وَالْحَقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَالِ الْمُتَضَاقِ عَنْهَا مَعًا عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ لِحَقُوقِ الْغُرَمَاءِ وَأَصْحَابِ الْفَرَائِضِ؛ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ مِنْهُمْ ثَابِتٌ مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ؛ لِعَدَمِ التَّنَافِي فِي أَسْبَابِهَا كَمَا لَا تَنَافِي فِي أَسْبَابِ حَقُوقِ الْغُرَمَاءِ.

/١٤٩ب/ وَهَذَا خِلَافُ مَا إِذَا بَاعَ فَضُولِي رَجُلًا دَارًا لَزِيدَ بَشْمَنٍ مَعِينٍ، وَبَاعَ فَضُولِي آخَرَ رَجُلًا آخَرَ نَصَفَ هَذِهِ الدَّارَ بَشْمَنٍ مَعِينٍ وَعَلِمَ زَيْدٌ بِهِمَا فَأَجَاذَهُمَا؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا ثَبَتَ عَلَى سَبِيلِ التَّمْيِيزِ لِانْفِصَالِ سَبَبِ حَقِّ الْأَوَّلِ عَنْ سَبَبِ حَقِّ الثَّانِي، فَلَمْ يُمْكِنْ إِحْقَاقَهُمَا لِحَقُوقِ الْغُرَمَاءِ، فَجَرِينَا فِي

(١) «المبسوط» ١٧/٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٧-

هذه المسألة على القسمة بالنزاع، وفي مسألتنا على العول. وله أن القسمة بالمنازعة هي الأصل فلا يعدل عنها إلا فيما أنعقد الإجماع عليه وما أشبهه، ومسألتنا شبيهة بمسألة الفضولين، وهذا لأن حقوق الغرماء ثابتة في الذمة بأسبابها ولا تضايق في الذمة ولا تنافي بين الأسباب لكن (المحل)^(١) الذي تعلقت به الحقوق الثابتة في الذمة لا يفي بالكل، وحقوق أصحاب الفرائض وإن لم تكن ثابتة لكنها ثابتة على الشيوع؛ لعدم إضافة أسبابها إلى أشياء معينة، فكانت في معنى الحقوق الثابتة في الذمة إذا تعلقت بالمال المضايق عنها؛ لعدم التنافي بين أسبابها، وعدم دعوى واحد منهم شيئاً معيناً؛ بخلاف مسألتنا؛ لأن زيدا يدعي شيئاً معيناً وهو جميع الدار، وأنه معين فصارت هذه المسألة كمسألة الفضولين، فإن يدعي الكل يدعي شيئاً معيناً، وسبب حقه وهو شراء كل الدار مضاف إلى شيء معين وهو كل الدار وإذا كان سبب حق أحدهم مضافاً إلى كل الدار يعلم قطعاً أن حق كل واحد ليس بثابت في هذه العين، لاستحالة ثبوت حق في بعض العين مع ثبوت حق الآخر في كلّها من كل وجه؛ لأن كون كل العين لهذا من كل وجه منافٍ لثبوت حق لغيره فيه بوجه في الوصية بجميع عبده أو ماله لرجلٍ وبيعضه لآخر. ومسألة الفضولين ومدعي بعض الدار ومدعي كلّها، أمّا كون بعض العين لهذا لا ينافي أن يكون لغيره فيه حق. وعلى هذا الأصل بنى أبو حنيفة^(٢) قوله فجعل القسمة نزاعية وما جعلها ضريبة في الوصية بربع ماله لرجلٍ وبثلثيه لآخر.

(١) في (ج): (المجلس).

(٢) «المبسوط» ١٧/٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/٢٧٥-

٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٧-٥٧٧.

وفي العبد المأذون يباع بمائة ولرجلٍ عليه مائة ولآخر خمسون، وفي الوصية بالمحابة والعتق، وفي الوصية بألفٍ مرسلَةٍ وألفين وفي الغرماء وأصحاب الفرائض. وهما^(١) بنيا على ما أصلاً فجعلنا القسمة نزاعية في دفع العبد لقتله إنساناً خطأ وفقاً عين آخر.

وفي عبدٍ مأذونٍ يباع بمائة ولو واحد عليه مائة ولآخر خمسون، وفي المدبر يقتل إنساناً خطأ وآخر عمداً، ويبيع الفضولين، وجعلها ضريبة في الوصية بجميع عبده لرجلٍ ويثلث ماله لآخر، وفي المحابة والعتق في المرض، وفي الوصية بألفٍ مرسلَةٍ وبألفين لآخر، والغرماء وأصحاب المريض^(٢) والدار يدعي كلها رجلٌ وآخر نصفها.

قال: (و لو كانت في يد غيرهم فهي مقسومة على اثني عشر، للأول سبعة، وللثاني ثلاثة، وللثالث سهمان. وقالوا: ثلاثة عشر ستة وأربعة وثلاثة).

زيدٌ وبشرٌ وبكرٌ أدعوا داراً في يد خالدٍ، فزيد يدعي كلها وبشرٌ ثلثها وبكرٌ نصفها.

قال أبو حنيفة^(١) رضي الله عنه: تقسم بينهم على اثني عشر سهمًا بطريق المنازعة لزيد سبعة أسهم ولبشرٍ ثلاثة ولبكر سهمان، وطريق أبي حنيفة^(١) رضي الله عنه إما يحتاج إلى حسابٍ، له ثلثان ونصف وأقله ستة فمدعي الثلثين يدعي أربعة ومدعي النصف يدعي ثلثه، ولا منازعة في سهمين

(١) «المبسوط» ١٧/٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير»

٨/٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٦٧-

فسلما^(١) لمدعي الكل نفي أربعة، ومدعي النصف لا يدعي إلا ثلاثة فخلا سهم عن منازعه وتنازع فيه مدعي الكل والثلثين فكان بينهما فانكسر، فاضرب اثنين في ستة فكان اثني عشر فمدعي^(٢) الثلثين لا يدعي أكثر من ثمانية، فسلمت أربعة لمدعي الكل، ومدعي النصف لا يدعي أكثر من ستة، فسهمان لمدعي الكل والثلثين لكل واحد منهم وبقيت ستة استوت منازعتهم فيها، فكان لكل واحد^(٣) منهم سهمان فقد أصاب صاحب الكل سبعة أسهم، وذلك ثلاثة أسداس ونصف سدس، وأصاب صاحب النصف سهمان وذلك السدس، وأصاب صاحب الثلثين ثلاثة أسهم، وأمّا طريقة صاحبيه فصاحب الكل يضرب بالكل وهو ستة. وصاحب الثلثين بالثلثين وهو أربعة وصاحب النصف بالنصف وهو ثلاثة، فصار الكل ثلاثة عشر فيستقيم منهم كذلك.

قال: (أو أحد اثنين على شراء كلها، والآخر على نصفها فله ثلاثة الأرباع وللآخر الآخر. وقالوا: كلها^(٤) أثلاثاً).

زيد وعمرو أدعيا داراً فأقام زيد البيّنة على أنه اشترى كلها، وعمرو البيّنة على أنه اشترى نصفها، فلمدعي الكل ثلاثة أرباعها بطريق المنازعة عند أبي حنيفة^(٥) ~~كلها~~، ولمدعي النصف ربعها، وعندهما^(٥) لمدعي الكل ثلثاها، ولمدعي النصف ثلثها؛ لأن مدعي الكل يضرب بكلها ومدعي النصف بنصفها بطريق العول، والوجه من الطرفين ما مرّ.

(١) في (ب)، (ج): (فسلم).

(٢) في (ب): (فصاحب).

(٤) من (ب).

(٣) من (ب)، (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٤، و«المبسوط» ١٧/٨٣-٨٤، و«الهداية» ٣/١٩٣،

و«اللباب» ٤/٤٢-٤٣.

قال: (ولو كانت في يدهما سلم للأول نصفها بقضاء ونصفها بغيره).

لأنَّ صاحبَ الكلِّ خارجٌ في النصفِ فيقضي بيئته، والنصفُ الذي في يده سالمٌ عن دعوى صاحبِ النصفِ فيه، فإذا لم يرد عليه دعواه فلا تنزُع من يده؛ إذ الحكمُ يستلزمُ الدعوى فتبقى في يده لا على وجهِ القضاء^(١).

قال: (أو كل منهما أن زيدًا باع ملكه من صاحبه والثلثُ مختلف وبرهنا يقضي بها بينهما ملكًا وحكم به ١١٥٠ / وبيع كل منهما نصفها بنصفه).

زيدٌ كان في يده دار فادعى عمرو أنها ملكه وأن زيدًا باعها من بكرٍ بمائة دينار، فقال بكرٌ: بل هي ملكي في يد زيدٍ وقد باعها من عمرو بألف درهم، وأقام كلُّ منهما البيّنة على ذلك.

قال أبو يوسف^(١): يقضي بالدارِ بينهما ملكًا ولا يقضى بالمبيع؛ لأنهما استويا في دعوى الملكِ والبيّنة عليه فتتهاتر بينهما على البيع للتعارض.

وقال محمد^(١) رحمه الله: يقضى بالدارِ بينهما ولكلُّ منهما بيعُ نصف الدارِ بنصفِ الدين الذي قامت عليه بيئته؛ لأنَّ العملَ بالبينات واجبٌ مع الإمكان، وفي الحكمِ بذلك تحقيقُ العملِ به^(٢) كلٌّ واحدٍ منهما في حقِّ النصفِ فكان أولى من إهدارهما.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٥٤، و«المبسوط» ٨٥ / ١٧، و«الهداية» ١٩٣ / ٣، و«البحر الرائق» ٢٤٩ / ٧.

(٢) من (ب).

قال: (أو إثبات نكاح امرأة لم يقض بواحدة من البيئتين ويرجع إلى تصديقها).

أمّا الأول فلتعذر العمل بالبيئتين جميعاً لعدم قبول المحلّ للاشتراك، ولا وجه لترجيح إحداهما على الأخرى.

وأمّا الثاني فلأن النكاح مما يحكم بتصادق الزوجين، وهذا فيما إذا كانت البيئتان مطلقتين عن الوقت فإن وقتاً كان العملُ بالأسبق منهما تاريخاً، وإن أقرت هي لأحدهما قبل إقامة البيّنة فهي أمراًه لتصادقهما، فإن أقام الآخر البيّنة قضى بها؛ لرجحان البيّنة على الإقرار، ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد وأقام البيّنة وقضى بها، ثم ادّعى آخر وأقام بيّنة على مثل ذلك لا يحكمُ بها؛ لأنّ القضاء بالبيّنة الأولى صحيحٌ فلا ينتقص بما هو مثله بل بما هو دونه؛ لعدم اتصال القضاء بالثانية إلا أن تكون البيّنة الثانية أرخت تاريخاً أسبق من الأولى المحكوم بها؛ لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهرٌ لا يحكم ببيّنة الخارج إلا على وجه السبق^(١).

قال: (أو كلّ منهما أنه اشترى هذا العبد من آخر وبرهنا بخير كلّ منهما، فإن شاء أخذ نصفه بنصف الثمن وإلا ترك).

وهذا لأنّ القاضي يقضي به بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، فصار كالفضولين يبيع كلّ منهما دار زيد ويجزئ المالك

(١) «فتاوى قاضيخان» ٥/ ٣٦٤-٣٦٥، و«الهداية» ٣/ ١٨٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٣٧، و«اللباب» ٤/ ٣٢.

البيعين، فإنه يتخير كل واحدٍ منهما؛ لأنه تغيّر عليه شرط عقده؛ لجواز أن تكون رغبته في تملك الكلّ فيرده ويأخذ كل الثمن^(١).

قال: (فإن قضي به بينهما فقال أحدهما: لا أختار لم يأخذ الآخر جميعه).

لأن القاضي لما قضى به بينهما فقد قضى عليه بالنصف فانفسخ البيع لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئته الآخر، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي، حيث يسوغ له أخذ الجميع؛ لأنه يدعي الكلّ ولم يفسخ سببه^(٢).

قال: (فإن وقت أحدهما قدّم).

إذا أرخت إحدى البيئتين ولم تؤرخ الأخرى قدم صاحب التاريخ؛ لأن بيئته تثبت ملكه في ذلك الوقت المعين، والآخر يحتمل ثبوت الملك له قبل ذلك الوقت وبعده، ولا يقضى له بالشك^(٣).

قال: (أو وقتاً قدّم الأسبق).

إذا ذكر كل واحدٍ منهما تاريخاً قدّم أسبق التاريخين وحكم له به؛ لأنه أثبت ملكه في المدعى في زمان لا منازع له فيه فاندفع بها الآخر^(٤).

(١) «الهداية» ٣/١٨٨-١٨٩، و«الاختيار» ٤/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٣٨، و«اللباب» ٤/٣٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٢، و«الهداية» ٣/١٨٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٧٢، و«اللباب» ٤/٣٣.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥٢، و«فتح القدير» ٨/٢٥٣، و«البحر الرائق» ٧/٢٣٨، و«اللباب» ٤/٣٣.

قال: (أو أهملًا ومع أحدهما قبضٌ قُدِّمَ).

إذا لم يذكر تاريخًا، لكن العبد في يد أحدهما وهو المراد بالقبض قُدِّمَ صاحبُ اليد؛ لأن تمكنه من القبض دليلٌ سبقِ الشراء؛ ولأنهما أستويا في الإثبات فلا تنتقضُ يده الثابتةُ بالشك^{(١)(٢)}.

قال: (أو أحدهما شراءً والآخر هبةً وقبضًا ولم يوقتا قُدِّمَ الشراء).

اثنان ادَّعى أحدهما أنه اشترى هذه العينَ من زيد، وادَّعى الآخرُ أنه وهبهُ إياه وقبضهُ منه (وأقام)^(٣) بينةً ولا تاريخَ معهما فالشراءُ أولى؛ لأنه أقوى باعتبار أنه معاوضةٌ من الجانبين؛ ولأنَّ الشراءَ يثبتُ الملكَ بنفسه والهبةُ تثبته بواسطة القبض، وحكمُ الصدقةِ مع القبضِ والشراءِ حكمُ الهبةِ مع الشراءِ، ولو ادَّعى أحدهما هبةً وقبضًا والآخرُ صدقةً وقبضًا فهما سواء حتى يقضي به بينهما؛ لاستوائيهما في التبرع، ولا ترجيحٌ باللزوم؛ لأنَّ ذلك راجعٌ إلى المال^(٤)، والترجيح^(٥) يجب أن يكونَ لمعنى موجودٍ في الحال، وهذا فيما لا يحتملُ القسمةَ صحيحٌ، واختلف فيما يحتملُ القسمةَ، فعند البعضِ يصحُّ؛ لأنَّ الشيوعَ طارئٌ، وعند البعض لا يصحُّ؛ لأنه لا تفيذُ الهبةُ في الشائعِ فائدتها وصار كإقامة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٣٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٧٢.

(٣) في (ج): (وأقام).

(٤) في (ب): (المالك).

(٥) في (ب): (والراجع).

البَيْتَيْنِ عَلَى الْآرْتِهَانِ وَهَذَا أَصَحُّ^(١).

قال: (أو أحدهما شراءً وامرأةً أنه مهرها وبرهنا يحكم به بينهما ولها بنصف القيمة، وقَدَّمَ الشراء وحكم لها بكما لهما).

رجل ادَّعى أنه اشترى من زيد هذا الشيء الذي هو في يده وأقام بيَّنة على ذلك، وادعت المرأة أن زيدًا تزوجها على ذلك الشيء، وأقامت البيَّنة على ذلك.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): يقضى به بينهما، ولها نصفه وله نصفه ويتم لها صداقها بنصف القيمة مع نصف العين لتساويهما في القوة، فإن كلاً منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه.

وقال محمد رحمته الله^(٢): بيَّنة المشتري أولى / ١٥٠ ب/ فيقضى له بالمدعى، ويقضى للمرأة بالقيمة كاملة؛ لأنَّ العمل بالحجج واجبٌ بقدر الإمكان، وقد أمكن بتقديم الشراء عملاً ببيئته، وأمكن الحكم بقيمة المدعى للمرأة؛ لأنَّ التزوج على مملوكٍ الغير صحيحٌ، فكان هذا عملاً بالحجتين معنًى، ولو سوينا بينهما كان تركاً للعمل بهما في النصف، فكان تقديم الشراء أولى^(٣).

(١) «المبسوط» ٥٩/١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣٧٢/٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥٧٣/٥، و«اللباب» ٣٤/٤.

(٢) «المبسوط» ٥٩/١٧-٦٠، و«الهداية» ٣/١٨٩-١٩٠، «البحر الرائق» ٧/٢٤٠، و«اللباب» ٣٤/٤.

(٣) «المبسوط» ٥٩/١٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٧٩، و«الهداية» ٣/١٨٩-١٩٠، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٠، و«اللباب» ٣٤/٤.

قال: (أو رهناً وقبضاً والآخر هبةً وقبضاً وبرهناً قدّم الرهن).

وهذا أستحسانٌ والقياسُ أن تكون الهبةُ أولى؛ لأنَّ الهبةَ عقدٌ يوجبُ الملكَ والرهنُ لا يوجبُهُ، ووجه الاستحسانِ أنَّ المقبوضَ بعقدِ الرهنِ مضمونٌ وبحكم الهبةِ غير مضمونٍ، وعقدُ الضمانِ أقوى فيكون أولى، وهذا بخلافِ الهبةِ المشروطةِ بالعوضِ؛ لأنَّ الهبةَ بشرطِ العوضِ بيعٌ في الانتهاء، والبيعُ أقوى من الرهنِ؛ لأنَّ البيعَ عقدٌ ضمانٍ يوجبُ الملكَ صورةً ومعنى، والرهنُ لا يثبتُ الملكَ إلا عند الهلاكِ معنى لا صورةً، فكذا الهبةُ بشرطِ العوضِ^(١).

قال: (وإن برهنا الخارجان على الملك والتاريخ قدّم أسبقها).

إذا أدّعا ملكاً في يدٍ آخر، وأقاما البيّنة ووقتاً فصاحبُ التاريخِ الأسبقِ أولى؛ لأن بيّنته تثبت أنه أولهما ملكاً، ومن ضرورة ذلك أن لا يتلقى الثاني الملكَ إلا من قبله ولم يتلقه منه^(٢).

قال: (وإن أدّعا الشراء من واحدٍ، وأقاما البيّنة على تاريخين قدّم أسبقهما).

وهذا يعني بالواحدٍ غير ذي اليدٍ لما تقدم أن صاحبَ التاريخِ الأسبقِ يثبت ملكه في وقتٍ لا منازعَ له فيه^(٢).

(١) «فتاوى قاضيه خان» ٣٧٢/٥، و«فتح القدير» ٢٥٧/٨، و«البحر الرائق» ٢٤١/٧، و«اللباب» ٣٤/٤.

(٢) «الهداية» ١٩٠/٣، و«درر الحكام» ٣٤٦-٣٤٧/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥٧٤/٥، و«اللباب» ٣٤/٤.

قال: (أو كل منهما على الشراء من آخر وذكرنا تاريخًا كانا سواء).

ولو كانت إحدى البيتين وقتت وقتًا ولم توقت الأخرى قضى به بينهما نصفين؛ لأنَّ هذا التوقيت لا يدلُّ على تقدُّم الملك لجواز كون ملك البائع الآخر، أقدم بخلاف المسألة التي تقدمت هذه، وهي كون البائع واحدًا؛ لأنهما اتفقا على أنَّ الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخًا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. ولو ادَّعى أحدهما الشراء من رجلٍ والثاني الهبة والقبض من غيره، والثالث الميراث من أبيه، والرابع الصدقة والقبض من آخر، وأقاموا البينة قضى به بينهم أرباعًا؛ لأنهم يتلقون الملك من تلقيهم، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق^(١).

قال: (أو الخارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك أقدم كان أولى).

إذا ادَّعى رجلٌ على ذي اليد أنَّ الملك الذي في يده له وأقام البينة على ذلك، وادَّعى ذو اليد أنَّ الملك له وأقام بينةً وتاريخه أقدم كان ذو اليد أولى، وهذا المذكور هو قول أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله ورواية عن محمد^(٢). وعن محمد كَلَّه^(٢) أنه رجَّح عن ذلك ورجَّح الخارج بناءً على أنَّ البيتين ههنا على مطلق الملك دون جهته، فكان

(١) «بدائع الصنائع» ٦/٣٧٨، و«فتاوى قاضيه خان» ٥/٣٧٢، و«الهداية» ٣/١٩٠، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/٦٠، و«فتاوى قاضيه خان» ٥/٣٧١، و«اللباب» ٤/٣٥.

التقدم والتأخر فيه سواء، ووجه قولهما أن البيّنة مع التاريخ تتضمن دفع دعوى الخارج، فإنّ الملك إذا ثبت لواحد في وقت فشوته بعد ذلك الوقت لغير ذلك الشخص يستلزم التلقي منه، وبيّنة ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف إذا كان المدعى في أيديهما^(١).

قال: (أو كلّ منهما على التناج قدّم ذو اليد).

إذا أقام الخارج وذو اليد كلّ منهما بيّنة على التناج فذو اليد أولى؛ لأنّ بيّنته قامت على ما لا دلالة لليد عليه فاستويا ورجحت بيّنة ذي اليد فيقضى بها، وهذا هو الصحيح خلافاً لما ذهب إليه عيسى بن أبان رحمته الله^(٢) من أن البيّنتين تهاترتا وتترك في يد ذي اليد بغير قضاء، ولو كان كلّ منهما قد تلقى الملك من رجل وأقام البيّنة على التناج عنده فذلك بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه^(٣).

قال: (أو أحدهما على الملك والآخر على التناج قدّم هذا).

إذا أقام أحدهما بيّنة على الملك والآخر بيّنة على التناج، فصاحب التناج أولى أيهما كان؛ لأنّ بيّنة صاحب التناج تثبت أوليّة الملك له، ولا تثبت للآخر إلّا بطريق التلقي من جهته، ولو كان الدعوى بين خارجين فأقام أحدهما البيّنة على التناج قدم لما قلنا، فلو قضى بالتناج لدى اليد فأقام ثالث البيّنة على التناج يقضى له، إلّا أن يعيد ذو اليد

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/٦٠، و«فتاوى قاضيخان» ٣٧١/٥،

و«اللباب» ٣٥/٤.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) «المبسوط» ١٧/٦٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣٧٣/٥، و«الهداية» ٣/١٩١،

و«اللباب» ٣٥/٤.

البينة؛ لأن الثالث لم يصر مقضيًا عليه بالقضاء الأول فساغت الدعوى، وكذلك المقضى عليه بمطلق الملك إذا أقام البينة على النتاج قبل بينته ونقض القضاء؛ لأن هذا بمنزلة النص^(١).

قال: (أو على نسج لا يعاد أو سبب في الملك لا يتكرر قدم).

إذا أقام البينة على النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كغزل القطن قدمت البينة به، وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر؛ لأن ذلك في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد^(٢) والمرعزي^(٣) وجزر الصوف، وأما إذا كان يتكرر يقضى به للخارج كالمملك المطلق، وذلك مثل الجزر والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل الحال في تعرف ذلك أعتمد في كشفه على أهل الخبرة به، فإن أشكل على أهل الخبرة أيضًا قضى به للخارج / ١٥١ / لأن القضاء ببينة الخارج هو الأصل، والعدول عنه إلى بينة ذي اليد يجيز النتاج، فإذا لم يعلم رجع إلى ما هو الأصل^(٤).

(١) «بدائع الصنائع» ٣٧٣/٦، و«الهداية» ١٩١/٣، و«البحر الرائق» ٢٤٣/٧، و«جامع الفصولين» ٧٩/١، و«اللباب» ٣٦/٤.

(٢) اللبد: الصوف. «الصحاح» ص ٩٣٤ مادة لبد.

(٣) المرعزي: هو الصوف يخلص من بين شعر العنز، أنظر «تهذيب اللغة» (٣/٣٤٤).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/٦٤-٦٥، و«بدائع الصنائع» ٣٧٢/٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣٧٣/٥، و«اللباب» ٣٦/٤.

قال: (أو كل منهما على النتاجِ عنده ووقتاً، وسن الدابة يوافقُ
أحدَ الوقتين حكم به، فإن أشكلَ كانت بينهما أو خالفهما
بطلنا).

رجلان أدعى كل واحدٍ^(١) منهما أن هذه الدابة نتجت عنده وأقام بذلك
بيّنةً وذكر تاريخاً فلا يخلو إمّا أن يوافق سنّ الدابة أحدَ التاريخين
أو يخالفهما أو لا يعلم الحال، فإن وافق أحدَ التاريخين فهو أولى
بشهادة الحال له فتترجح بيّنته، وإن أشكلَ ذلك فلم يعلم الحال فيه
كانت بينهما؛ لأنه سقط التوقيتُ فصار كما إذا لم يذكر تاريخاً، وأمّا
إذا خالف سنّ الدابة كلَّ واحدٍ من التاريخين، قال الحاكمُ الشهيد:
بطلت البيّتان وترك في يد من هي في يده؛ لظهور كذب الفريقين في
شهادتهما، وهذه من الزوائد^(٢).

قال: (أو الخارج على الملك المطلق وذو اليد على الشراءِ
منه قُدّم الشراء).

لأن بيّنة الخارج وإن كانت تثبت أولية الملك وعلى الشراء له لكنّ بيّنة
ذِي اليد تثبت التلقي منه ولا تنافي بين البيّنتين (حينئذٍ فصار كما إذا أقرَّ
المنكر أنه زاد على الشراء منه)^{(٣)(٤)}.

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ١٧/٦٥-٦٦، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٧٢، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٣،
و«حاشية ابن عابدين» ٥/٢٧٥-٢٧٦.

(٣) من (ج).

(٤) «المبسوط» ١٧/٦٠-٦١، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٣٧٣، و«الهداية» ٣/١٩٢،
و«البحر الرائق» ٧/٢٤٥، و«اللباب» ٤/٣٦.

قال: (أو كل منهما على الشراء من صاحبه ولم يوقتا تهاترتا،
ورجع ذا اليد إن برهنا على القبض، وإلا فالخارج).

إذا ادعى الخارج على ذي اليد أنه اشترى منه هذه الدار التي في يده
بكذا من الثمن وأقام بيّنة على ذلك، وأقام ذو اليد البيّنة أنه اشترى من
الخارج ملك الدار بكذا من الثمن.

قال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(٢) رحمهم الله: تهاترت البيّتان فتجعل
الدار في يد من هي في يده.

وقال محمد رحمته الله^(٣): إن لم يذكر قبضاً ولم تقم البيّنة عليه حكم به
للخارج، وإن ذكره حكم لذي اليد؛ لأن العمل بهما واجب ما أمكن
وقد أمكن. ووجهه أن يجعل عند انتفاء ذكر القبض كأن صاحب اليد
اشتراها من الخارج أولاً وقبض، ثم باعها إياه فيجب عليه تسليمها إليه
فيؤمر بذلك، وهذا أولى من أن يجعل كأن الخارج اشتراها أولاً من
ذو اليد وقبض ثم باعها من ذي اليد؛ لأن قبض الخارج غير ثابت
ببيان ولا بيّنة، فكان منتفياً بالأصل، ويبع العقار قبل القبض لا يجوز
عند محمد^(٣)، وأما إذا قامت بيّنة كل منهما على الشراء مع القبض
يقضى بالعقدين، ويجعل القبض المعايين آخر القبضين، فيجعل كأن
الخارج اشتراها أولاً وقبض ثم باعها من ذي اليد وسلم إليه، وهذا
أولى من أن يجعل كأن ذا اليد اشتراها أولاً وقبض ثم باعها الخارج

(١) «الهداية» ٣/١٩٢، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٥-٢٤٦،
و«اللباب» ٤/٣٦.

(٢) «المبسوط» ١٧/٦٠-٦١، و«الهداية» ٣/١٩٢، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر
الرائق» ٧/٢٤٥-٢٤٦، و«اللباب» ٤/٣٦.

وسلّم إليه ثم استولى على الدار، فيؤمر بتسليمها إلى الخارج ضرورة الافتقار هنا إلى نقض القبض المشاهد بغير دليل؛ فلذلك يجعل كأنّ الخارج اشتراها أولاً ثم باعها من ذي اليد فيقضى بها لذي اليد؛ ذلك لاستحقاقه ذلك بالبيّنة.

ولهما: أنّ الإقدام على الشراء إقراراً منه بالملك للبائع، فصار كأن البيّتين قامتا على الإقرارين وفي ذلك التواتر بالإجماع، فكذا هنا^(١).

قال: (وإن أدعيا عينا في يد آخر ميراثاً أو ملكاً مطلقاً وأرخا فهو لأسبقهما وتاريخ أحدهما ملغي، وبحكم له به في قوله الآخر. وألغي التاريخ في الإرث مطلقاً وحكم لأسبقهما، وللساكت عنه، وإن كان في الملك في يدهما أو يد أحدهما ألغاه مطلقاً، ووافق الإمام في رواية).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): إذا أدعى رجلان عينا كل واحد منهما أنه ملك مطلق له أو إرث من أبيه وأقاما البيّنة على ذلك، فإن ذكرا تاريخاً وأحد التاريخين أسبق حكم للأسبق منهما؛ لأنه قد أثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه، وإن أرخ أحدهما دون الآخر فلا اعتبار بتاريخه؛ لجواز أن يكون تاريخ الآخر لو أرخ أسبق منه، وكان أبو يوسف^(٣)

(١) «المبسوط» ١٧/٦٠-٦١، و«الهداية» ٣/١٩٢، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٥-٢٤٦، و«اللباب» ٤/٣٦.

(٢) «المبسوط» ١٧/٤٣-٤٤، و«الهداية» ٣/١٩٢-١٩٣، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٤١-٢٤٢، و«اللباب» ٤/٣٦.

(٣) «المبسوط» ١٧/٤٣-٤٤، و«الهداية» ٣/١٩٢-١٩٣، و«الاختيار» ٢/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٤١-٢٤٢.

يقول أولاً: لا عبرة بالتاريخ أصلاً سواء أرخا أو أرخ أحدهما دون الآخر، ثم رجع عن ذلك، فقال: إذا أرخا قضى به للأسبق منهما لما قلنا لأبي حنيفة، وإن أرخ أحدهما حكم له به، فالخلاف في تاريخ أحدهما، أما إذا أرخا جميعاً فهو للأسبق منهما عنده في قوله المرجوع إليه كما هو مذهب الإمام. ووجه الحكم للمتفرد بالتاريخ أنه يثبت ملك نفسه من حين تاريخه، والذي لم يؤرخ يثبت ملكه للحال يقيناً وفي ثبوته الوقت الذي عينه صاحبه بذلك فلا يعارضه.

وروى أبو حفص عن محمد^(١) أنه قال مثل قول أبي حنيفة^(٢) في الميراث والملك المطلق جميعاً، وقد تقدم وجهه.

وروى أبو سليمان^(٣) عنه أنه قال في دعوى الميراث: لا عبرة لتاريخهما ولا لتاريخ أحدهما، ويجعل كأنهما أطلقا؛ لأنهما لا يدعيان الملك لأنفسهما بل يدعيانه لمورثهما ثم ينقلانه إلى أنفسهما، ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا في ذلك، فأما في دعوى الملك المطلق، فإن أرخا فهو لأسبقهما تاريخاً؛ لما مر في قول أبي حنيفة^(٣) وأبي يوسف^(٣)، وإن أرخ أحدهما فإن كانت العين المدعى بها في يد ثالث قضى للساكن عن التاريخ، لأن المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ، والمطلق يثبت الملك من الأصل؛ ولهذا يرجع الباعه بعضهم على بعض ويستحق الزوائد المنفصلة فكان المطلق منهما / ١٥١ ب/ أسبق تاريخاً فيقضى له، وإن كانت العين في يدهما أو يد أحدهما فلا عبرة لتاريخ

(١) «المبسوط» ٤٣١/١٧، و«البحر الرائق» ٢٤٢/٧.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) «المبسوط» ٤٣١/١٧.

أحدهما؛ لأنَّ المطلق إن كان ذا اليد لم تقبل بيئته؛ لأنَّ يده تدل على الملك المطلق، فكانت بيئته الخارج هي المقبولة، وإن كان هو المؤرخ فهو محتاج إلى الملك المؤرخ؛ لأنَّ يده لا تدل عليه فيجب قبول بيئته على الخارج، ويجب قبول بيئته الخارج إلا أن الخارج أولى؛ لأنه أسبق تاريخاً، وإن كانت العين في يدهما فالذي لم يؤرخ لا تقبل بيئته؛ لأنَّ يده تدل عليه بغير بيئته، والذي أرخ يجب قبول بيئته؛ لأنَّ يده لا تدل على التاريخ إلا أنه لا يمكن قبولها؛ لأنَّ الآخر أسبق تاريخاً فصار كما لو لم يقيما بيئته فيقضى بينهما بتساويهما في اليد^(١).

قال: (ولو تنازعا دابة أو قميصاً أحدهما راكبها أو لابسها كان أولى ممن تعلق بلجامها أو كمه).

لأنَّ الركوب واللبس أظهر تصرفاً، فكان أدل على الملك، ولو كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديف له فالراكب أولى، ولو تساويا في الركوب كانت^(٢) بينهما لا ستوائهما في التصرف، وكذلك لو كان المتنازع فيه بغيراً ولأحدهما عليه^(٣) حمل كان هو الأولى لظهور التصرف المختص بالملك^(٤).

(١) «المبسوط» ١٧/٤٣١.

(٢) في (أ): (كان).

(٣) من (ج).

(٤) «الهداية» ٣/١٩٣-١٩٤، و«الاختيار» ٢/٣٨٨، و«الجامع الكبير» ١٢٧، و«حاشية

ابن عابدين» ٥/٥٧٨، و«اللباب» ٤/٤٤.

قال: (أو حائطا أو خصًا والوجه أو القمط إلى أحدهما فهو بينهما وقالوا: لمن إليه الوجه والقمط).

إذا تنازعَ رجلان في حائط ووجهه إلى أحدهما أو تنازعا في خصٍّ^(١) وقمطه إلى أحدهما ولا يَبَيِّنُهُ لهما فالحائط والخصُّ بينهما عند أبي حنيفة^(٢). وقالوا^(٢): هو -أي الحائط والخصُّ- لمن الوجه والقمط إليه، والقمط -بكسر القاف- ما تشد به الأخصاصُ ومنه معاقدُ القمط.

لهما: أنَّ الظاهرَ شهدَ له، فيكون القولُ قوله كالاتصالِ بالتربيعِ بأن يكونَ طرفُ الحائطِ المتنازعِ فيه متداخلًا في طرفِ الحائطِ المملوكِ من أسفله إلى أعلاه.

وله^(٢): أنهما متساويان في اليد والدعوى ولا ترجيح بالقمط، فقد يجعل إلى الجارِ، وكذلك قد يحسن وجه الحائطِ لأنه بمرأى العين، فلا يصلحُ ذلك مرجحًا.

قال: (وكلٌّ من صاحبِ علو وسفل ممنوع من التصرف فيه إلَّا بإذن الآخر، وأجازاه إن لم يُضِرَّ به).

إذا كان علو لرجلٍ وسفله لآخر فليس لصاحبِ السفلي أن يتد فيه وتدًا أو يدخلَ فيه جذعًا أو ينقبَ كوةً بدون إذنِ صاحبِ العلو، وكذلك صاحبُ العلو لا يبني عليه كنيفاً ولا يضع جذعًا بدون إذنِ صاحبِ السفلي.

(١) الخص: البيت من القصب «المصباح المنير» ص ١٠٥ مادة خصص.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٤-٣٥٥، و«المبسوط» ١٧/٨٧-٩١، و«فتح القدير» ٨/٢٨٤-٢٨٨، و«درر الحكام» ٣٥٠/٢.

وقالا^(١): له ذلك إذا لم يكن ضررٌ ظاهرٌ؛ لأنه يتصرف في ملكه ولا ضررَ فيه على غيره.

وله^(٢): أن ملكه قد تعلق به حقٌ غيره، وليس للمالك أن يتصرف في ملكه إذا كان فيه حقٌ غيره بدون إذنه؛ كالراهن لا يتصرف في المرهون إلا بإذن المرتهن، وعلل في كتاب «الحيطان» لأبي حنيفة^(٣) أن المستحق على صاحب السفلى يبني بعينه لصاحب العلو فلا تجوز الزيادة على ذلك، كمن استأجرَ جملاً ليحملَ عليه ألفَ من لا يجوز أن يزيدَ على ذلك قليلاً ولا كثيراً، وعلل لهما أن ما لا يتمنع في العادة ولا يبين ضرره يجوز كالسطيحة والفضاء مع الراكب على الجملي. قال: وكان أبو بكر الخوارزمي يفتي في المسألتين بقول أبي يوسف^(٢) ومحمد^(٢)، وكذلك الخلاف في البيت يكون سفله لرجلٍ وعلوه لآخر فعنده لا يجوز لصاحب السفلى أن يهدم سفله، وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه عنده خلافاً لهما^(٢).



(١) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«المبسوط» ١٧ / ٨٧-٩١.

(٢) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«المبسوط» ١٧ / ٩١.

(٣) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«بدائع الصنائع» ٦ / ٤١٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥ / ٥٨٠.

فصل

قال : (وإذا كانت تركة في يد زيد فجاء أحد الزوجين (فصدقه زيد يأمره بإعطاء أقل النصيبين لا أكثرهما).

رجلٌ في يده مالٌ زعم أنه تركة فلانٍ، فجاء أحد الزوجين^(١) فطلب نصيبه من التركة، فاعترف ذو اليد بالزوجية وصدقه على ذلك، فإن كان المدعي هو الزوج يعطيه الربع، وإن كان هو الزوجة يعطيها الثمن عند أبي يوسف^(٢).

وقال محمد رحمته الله^(٢) : يعطي الزوج النصف، والزوجة الربع؛ لأن سبب الاستحقاق ظاهر بتصادقهما والمزاحم منتفٍ، فوجب إكمال النصيب وصار كما لو ثبت بالبيّنة ولم يظهر وارث وقال الشهود: لا نعلم له وارثاً آخر.

ولأبي يوسف رحمته الله^(٢) : أن أقل النصيبين هو المتيقن به والزائد عليه مشكوك فيه فيعطى ما هو المتيقن به.

قال : (ولا يشترط جر الميراث).

رجل أدعى هذه الدار أنها ملكه، فشهد شاهداه^(٣) أن هذه الدار كانت لأبيه أو لجدّه، وهذا ابنه أو ابن ابنه لا وارث له غيره.

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/٣٥٢-٣٥٣، و«مختصر الطحاوي» ٣٤٠، و«المبسوط» ١٧/٥٣.

(٣) في (أ) : (شاهداه).

قال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(٢) رحمهما الله: لا يثبت المدعى حتى يجز الميراث فيقولوا: مات وتركها ميراثاً له. وقال أبو يوسف رحمته الله^(٣): يثبت ولا حاجة إلى جر الميراث؛ لأنهما أثبتا أنها كانت لأبيه أو (لجده، وأثبتا أن المدعى وارثه)^(٤) وأثبتا سبب زوال الملك عن المورث وهو الموت فينتقل إلى الوارث ضرورة، فقد شهدا له بالملك.

ولهما: أن موافقة الشهادة الدعوى شرط ثبوتها ولا موافقة، فإن المدعى يدعي الدار ملكاً لنفسه وهما يشهدان بالملك لغيره، وليس ملك الوارث عين ملك المورث؛ لأن ملك المورث يتجدد في العين، ولهذا فإن التركة لو كانت صدقة حل للوارث الغني تناولها، ولولا تجدد ملكه لما جاز، فكان ملك الوارث ملكاً جديداً، فلا بد من إثباته له /١٥٢/ لتوافق الشهادة الدعوى، وذلك بإثبات الانتقال إليه بأن يشهد أنه مات وتركها ميراثاً له، وشهد بأنها كانت ملك مورثه عند موته ليصح الانتقال، أو يشهدا بما هو دليل الملك، وهو اليد عند الموت^(٥).

قال: (والمدعى أنه ابن هذا الميت إذا لم يقل شهوده: لا نعلم له وارثاً غيره لا يؤخذ منه كفيلاً).

إذا ادعى رجل أنه ابن هذا الميت وأنه وارثه، وأقام بينة على ذلك، فقال شهوده: نشهد أنه ابن هذا الميت وأنه وارثه، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره حتى يلزم القاضي زماناً، فلم يظهر له وارث آخر، فدفع إليه المال لا يؤخذ منه كفيلاً.

(١) «المبسوط» ٤٨/١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣٦٠-٣٦١/٥، و«الهداية» ١٤٣/٣، و«البحر الرائق» ١١٨/٧.

(٢) بياض في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

وقالاً^(١): يؤخذ كفيلاً احتياطاً؛ لأنه قد يكون له وارث آخر فيحضر، فتيسر إحضاره في مجلس القضاء بواسطة مطالبة الكفيل به، ففي ذلك نظرٌ للغائب إن كان.

وله^(١): أن هذا الشيء احتاط له القضاء وأنه ظلم؛ لأنه قد لا يجد من يتكفل عنه، أو يجد إلا أن يتأخر وجوده فيكون فيه منعٌ حقه مع توجهه أو تأخيره لأمرٍ موهوم، وأنه لا يجوز.

قال: (ولو برهن أن هذه الدار ميراث له ولأخيه الغائب لا وارث له غيرهما فالقاضي يحكم له بحصته ويترك حصة الغائب مع ذي اليد. وقالوا: إن أنكر وضعت الحصة في يد عدل).

رجل ادعى أن هذه الدار التي في يد زيد تركه له ولأخيه الغائب، وأقام البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه الغائب، ولا وارث له غيرهما.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): يعطي له الحصة ويترك نصيب أخيه في يد من الدار في يده.

وقالاً^(٢): إن كان ذو اليد منكراً أخرج نصيب الغائب من يده ووضع في يد عدل. قيل: الاختلاف في جواز القضاء (بنصفه)^(٣) للغائب، فعندهما يقضى له.

(١) «المبسوط» ٤٦/١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣٦٠/٥، و«الهداية» ١٢٤/٣.

(٢) «المبسوط» ٤٧/١٧-٤٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٧/٥، و«الهداية» ١٢٥/٣-١٢٦، و«البحر الرائق» ٤٦/٧.

(٣) في (ج): (بنصفها).

وعنده^(١) لا يقضى. وقيل: بل الاختلاف في نزع حصته من يد ذي اليد والترك فيها.

لهما^(٢): على القول الأول أن الواحد يصلح خصمًا عن المورث في إثبات حقه، فيثبت للميت ثم ينتقل منه إلى الورثة، فإذا جاز القضاء وجب النزاع من يده؛ خوفًا عن إنكاره.

وله: أن الوارث خصم عن الميت لا عن غيره من الورثة فلا يملك إثبات الملك لمن غاب منهم.

ولهما: على القول الثاني أنه لو ترك نصيب الغائب في يد ذي اليد فعسى أن ينزل هذا القاضي أو يموت ويحضر الغائب وينكر ذو اليد فيتعسر عليه إثباته، فالنظر للغائب في أنتزاع نصيبه من يده ووضعه في يد عدل. وله أن الغائب قد يكون راضيًا أن يكون نصيبه في يد ذي اليد فلا ينزع بالشك، والعقار لا يخاف عليه التوى^(٣)، لأنه محفوظ بنفسه.



(١) «المبسوط» ٤٧/١٧-٤٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٧/٥، و«الهداية» ٣/١٢٥-١٢٦، و«البحر الرائق» ٤٦/٧.

(٢) التوى: الهلاك. «المصباح المنير» ص ٥٢ مادة توى.

فصل في دعوى النسب

قال: (ولو أَدْعَى وَلَدٌ جَارِيَةً بَاعَهَا وَقَدْ أَتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ ثَبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَتْ أُمُّ وَلَدِهِ، وَفُسَخَ الْبَيْعُ، وَرَدَّ الثَّمَنُ).

رجلٌ باع جاريةً فجاءت بولدٍ فادعاه البائعُ، فإن جاءت به لأقلَّ من ستة أشهرٍ من يومِ باعها فالولدُ ولدهُ، والجاريةُ أمُّ ولدٍ له، ويُفسخُ البيعُ ويُردَّ الثمنُ، وهذا المذكورُ هو الاستحسانُ والقياسُ -هو قول زفر^(١) والشافعي^(٢) رحمهما الله- أنَّ هذه الدعوى باطلةٌ؛ لأنَّ إقدامه على البيعِ اعترافٌ بأنَّ المبيع^(٣) على العبوديةِ وكان في دعواه مناقضاً، وإذا لم تصح الدعوى لا يثبتُ النسبُ؛ لأنه ينبغي عليه، ووجه الاستحسانِ أنَّ الظاهرَ عدمُ الزنا، واتصالُ العلوقِ بملكه شهادةٌ ظاهرةٌ بكونِ الولدِ منه؛ ومبنى النسبِ على الخفاءِ فيعفى عن هذا التناقضِ فيه، ومتى صحَّت الدعوى أُسْتَدْتُ إلى دعوى (وقت العلوق)^(٤)، فتبين أنه قد باعَ أمَّ ولده فيفسخُ البيعُ؛ لأنه لا يجوز بيعُها، ويردَّ الثمنُ، لأنه مقبوضٌ بغيرِ حقٍّ^(٥).

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«الهداية» ٣/١٩٥-١٩٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩،

و«اللباب» ٥١/٤.

(٢) «التنبيه» ١٩٠-١٩١.

(٣) في (ج): (البيع).

(٤) من (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«الهداية» ٣/١٩٦، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩،

و«اللباب» ٥١/٤.

قال : (وتقدم على دعوى المشتري).

إذا أَدعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعد دعواه فدعوى البائع أولى؛ لأنها أسبقُ حيث تستندُ إلى وقتِ العلوقِ، ودعوى المشتري دعوى استيلاذٍ، وهي متأخرة عن دعوى البائع، فيقدم الأقدم^(١).

قال : (وإن أتت به لأكثر من سنتين من حينِ باعَ لم تصح دعواه إن صدقه المشتري ثبت، ولا يفسخُ البيعُ).

الجاريةُ المبيعة^(٢) إذا أتت بولدٍ لأكثر من سنتين من يومِ باعها مولاهما فادعى الولد لا يصح؛ لعدم اتصالِ العلوقِ بملكه يقيناً، واتصالِ العلوقِ هو الشاهدُ الظاهرُ، فإن صدقه المشتري في دعواه ثبت نسبُ الولد منه، وحمل على أن البائع استولدَ الجاريةَ بالنكاح، ولا يبطل البيعُ لتيقننا أن العلوقَ لم يصادف ملكه، فلم تثبت حقيقةُ العتقِ ولا حقُّ العتقِ، وهذه دعوى تحرير والمالك غيره فلم تعتبر. ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر من يومِ باعَ ولأقل من سنتين لم تصح دعوى البائع فيه إلا أن يصدق المشتري؛ لاحتمال أن لا يكون العلوقُ في ملكه فلم تتم الحجةُ، فافتقر الحالُ إلى التصديق، ثم إذا صدقه المشتري ثبت النسبُ، وبطل البيعُ، والولدُ حرٌّ وأمه أمُّ الولدِ كما في المسألة الأولى؛ لتصادقهما مع احتمال أن يكونَ العلوقُ في ملكه^(٣).

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٢، و«الهداية» ٣/١٩٦، و«الاختيار» ٢/٣٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٨٢.

(٢) من (ج).

(٣) «الهداية» ٣/١٩٦، و«الاختيار» ٢/٣٩٥، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٨٢.

قال : (وإن أدعاه بعد موته وقد أنت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء).

معناه في الأم أن الأم تابع للولد، والولد لم يثبت نسبه بعد موته؛ لعدم حاجته إلى ذلك بعد الموت والبيع، وإنما يثبت حكمه بعد ثبوت حكم الأصل^(١).

قال : (أو بعد موتها أو عتقها ثبت نسبه وأخذه، وعليه رد كل الثمن، وقالوا : رد حصته).

إذا ادعى البائع ولد الجارية المبعة بعد موتها أو عتقها ثبت نسبه، وقد أنت به لأقل من ستة أشهر ولم يصرح في المتن بهذا القيد أكتفاءً به في سابقتها. والمسألة واحدة، ولدالة ما سبق من المسائل على ثبوت النسب، وبطلان البيع ينبنى على شهادة الظاهر؛ لحصول العتق في الملك، وذلك مستلزم لكون المدة أقل من ستة أشهر، فيأخذه البائع؛ لأنه ولده؛ وهذا لأن الولد^(٢) أصل في النسب فلا يضره موث أمه وهي تبع، وإلا كان الولد أصلاً؛ لأن الأم تضاف إليه فتقام أم الولد، وحربتها مستفادة من جهة الولد. قال عليه السلام : «أعتقها ولدها»^(٣) ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية، والأدنى تابع للأعلى، ثم الواجب رد كل الثمن عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤).

(١) «الهداية» ١٩٦/٣، و«الاختيار» ٣٩٥/٢، و«درر الحكام» ٣٥/١٢.

(٢) في (أ) : (المؤاخذ).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥١٦) والدارقطني ١٣١/٤، والحاكم ٢٣/٢. وقال الذهبي في «التلخيص» : حسين متروك. وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه».

(٤) «المبسوط» ١٠٣/١٧، و«الهداية» ١٩٦/٣، و«الاختيار» ٣٩٥/٢، و«اللباب» ٥٣/٤.

وعندهما^(١): رد حصّة الأمّ.

وهذا الخلافُ ينبنى على تقوّم أمّ الولدِ كلما لم ينقض البيع في الجارية؛ لقيام المانع وهو الموتُ أو العتقُ من المشتري ويسلم له عندهما ما يباؤها من الثمن، وعنده لما لم يكن لماليتها تقوّم لا يكون يباؤها شيء من الثمن فلم يسلم له شيء من الثمن فيرد جميعه.

قال: (ولو باعها المشتري فاستولدها الثاني فاستحقت يضمنُ

قيمة الولدِ ورجع بالثمن فبائعها لا يرجع على الأولِ

إلا بالثمن. وقالوا: يرجع به وبقيمتِه).

رجلٌ باعَ جاريةً فباعها المشتري من آخر فاستولدها المشتري الثاني ثم استحقت بعد ذلك وضمنَ قيمةَ الولدِ فيرجع بثمنها على بائعه وهو المشتري الأول:

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): لا يرجع المشتري الأول على البائع الأولِ إلا بالثمن لا غير.

وقالوا^(٣): يرجع عليه بالثمن وبقيمة الولد؛ لأنّ المشتري الثاني يرجع بالثمن وبقيمة الولد لمكان الغرور، فكذا هو يرجع على الأول بهما؛ لأنه ضمن سلامة المبيع لمشتريه بالثمن وبقيمة الولد، كما أنّ هذا ضمن سلامته لمشتريه، وكما أنّ مشتري هذا يرجع بهما، فكذلك يرجع هو على بائعه بهما. وله أنّ البائع ضمن سلامتها لمشتريه وسلامة الحاصل له منها لا غير، فلهذا يرجع المشتري الثاني على بائعه -وهو المشتري الأول- بالثمن وبقيمة الولد التي لزمته بسبب الولد الحاصل له منها، ولا يكون

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٧، و«الهداية» ٣/١٩٦-١٩٧، و«الاختيار» ٢/٣٩٥.

للمشتري الأول الرجوع على بائعه بقيمة الولد؛ لأنها ما لزمته المشتري الأول بسبب الولد الحادث له منها بل لزمته بسبب ضمانه للمشتري الثاني سلامة الولد^(١).

قال: (ولو أشتري أمراً المدخول بها، ثم أعتقها، ثم أتت بولدٍ لأكثر من ستة أشهرٍ منذ شرائها لا يثبت له إلا بدعوة، وأثبتته إلى سنتين بدونها).

رجلٌ أشتري أمراً الأمة المدخول بها ثم أعتقها، ثم أتت^(٢) بولدٍ لأكثر من ستة أشهرٍ منذ أشتراها.

قال أبو حنيفة^(٣) وأبو يوسف^(٣) رحمهما الله: لا يثبت نسبُه إلا أن يدعيه الزوج؛ لأنه لما أشتراها أرتفع النكاح وصارت بحالٍ لا يثبت نسبٌ ولدها منه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهرٍ من حين الشراء إلا بدعوة؛ وهذا لأن الوطء الحلال لا يقتضي به العلوق من أبعده أوقات الإمكان من أقربها لحصول الشك في الزائد، والوطء الحرام يقضي به بالعلوق من أبعده أوقات الإمكان وهو إلى سنتين؛ لأن في الحمل على أقرب الأوقات تضييع النسب والماء، وههنا الوطء حلالٌ في ملك اليمين فلا يحمل على العلوق في ملك النكاح فلا يثبت بدون دعوى.

وقال محمد رحمته الله^(٣): يثبت نسبُه إلى سنتين من غير دعوى؛ لأن العلوق محمولٌ على حين النكاح؛ لأن العدة قائمة وإن لم تظهر في حق المنع عن

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٧، و«الهداية» ٣/١٩٦-١٩٧، و«الاختيار» ٢/٣٩٥.

(٢) في (ج): (جاءت).

(٣) «المبسوط» ١٧/١٠٥، و«الاختيار» ٢/٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩.

الوطء بسبب ملك اليمين؛ ولهذا فإنه لا يملك أن يزوجها قبل أنقضاء العدة، فإذا أعتقها ظهر حكم العدة في حقه أيضاً، فهذه مبانة معتدة لم تقر بانقضاء العدة فيثبت نسب ولدها من زوجها إلى ستين.

قال: (ولو باعها ثم اشتراها فأنت به كذلك منذ باعها لا يثبت إلا بتصديق المشتري وشرط دعواه).

رجل اشترى امرأته الأمة ثم باعها من آخر ثم اشتراها منه، فولدت ولداً لأكثر من ستة أشهر من حين باعها، فادعى الولد لا يثبت نسبه عند أبي يوسف رحمته الله (١) ما لم يصدق المشتري؛ لأننا لو حملنا العلوق في ملك اليمين كان ثبوت النسب متضمناً بطلان الشراء المتخلل وقد تعلق به حق المشتري، فلا يمكن نقضه إلا برضاه، فإذا صدق فقد رضي به.

وقال محمد رحمته الله (١): إذا صدقه المشتري ثبت نسبه منه بشرط أن يدعيه، وقد جاءت به قبل تمام ستين منذ اشتراها وإلا فلا؛ لأن العلوق محمول على حصوله في ملك النكاح لما مر، وكان ينبغي أن يثبت من غير دعوى تستلزم فساد البيع فيعود إلى ملكه، وإن عادت إلى ملكه لا يثبت النسب؛ لقيام البائع من ظهور العدة وهو حل الوطء بملك اليمين. وإذا لم يظهر لم يمكن الحمل على العلوق في ملك النكاح، لأننا (قد بينا) (٢) في المسألة السابقة أمكننا حمل العلوق في ملك النكاح لظهور العدة في حقه بالإعتاق ولا إعتاق ههنا، وإذا تعذر ذلك وجب الحمل على العلوق في ملك اليمين، وإذا حمل عليه لم يثبت النسب بدون الدعوى وإذا لم

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٥، و«فتح القدير» ٨/٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩.

(٢) من (ب).

يثبت بدون الدعوى بقي البيع، فيؤدي إلى الدور، فقلنا باشتراط الدعوة قطعاً له^(١).

قال: (ولو ادّعى ولد مبيعته وبرهن على بيعها منذ شهر فبرهن المشتري على أكثر من ستة أشهر يحكم له به لا للبائع).

رجل باع أمته وقبضها المشتري فأتت بولد فادّعاه البائع، وقال: هو ولدي، والبيع وقع من منذ شهر واحد، فقال المشتري: بل الولد لي، والبيع وقع سابقاً على ستة أشهر، وأقام كل منهما البيّنة. قال أبو يوسف رحمته الله^(٢): بيّنة المشتري أولى؛ لأنه تثبت زيادة المدة، وما عدا ذلك فثبوتة بقول البائع بناءً على أن المدة من حين البيع أقل من ستة أشهر، فإذا ثبتت المدة الزائدة لا يثبت شيء مما يدعيه البائع.

وقال محمد رحمته الله^(٢): بيّنة البائع أولى؛ لأنه هو المدعي والمشتري منكر، ولهذا كان القول قول المشتري، لولا البيّنة، وليس ذلك إلا لكونه هو المنكر، والبيّنات وضعت لإثبات الدعوى ومتى تعيّن المدعي عليه (تعين المدعي)^(٣) فتكون بيّنته أولى بالثبوت^{(٤)(٥)}.

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٥، و«الاختيار» ٢/٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/٢٤٩.

(٢) «المبسوط» ١٧/١٠٥، و«الاختيار» ٢/٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/٢٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٨٢.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) في (ب): (القبول).

(٥) «المبسوط» ١٧/١٠٥، و«الاختيار» ٢/٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/٢٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٨٢، و«اللباب» ٤/٥٢.

قال: (والمعني إليها زوجها إذا أعتدت وتزوجت وأنت بولدي
فجاء الأول فهو له مطلقاً، وللثاني في رواية، وعليها
الفتوى، ويجعله للأول إن أنت به لأقل من ستة أشهر
من حين العقد، وحكم به له إن كان من حين ابتداء
الثاني بالوطء إلى الولادة أقل من ستين).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): المرأة إذا نعت إليها زوجها فاعتدت ثم تزوجت
بزوج آخر وأنت بأولاد، ثم جاء زوجها الأول الغائب فالأولاد له على كل
حال؛ لقوله رحمته الله: «الولد للفراش» أي: لصاحب الفراش، والزوج الأول
هو صاحب الفراش؛ لأن نكاحه صحيح ونكاح الثاني فاسد والصحيح
أولى بالاعتبار من الفاسد، بخلاف ما إذا وجد النكاح الفاسد وحده
حيث يثبت به الفراش إلحاقاً له بالصحيح في حق ثبوت النسب عند عدم
المعارض.

وقال أبو يوسف رحمته الله: إن كان من وقت النكاح الثاني إلى وقت الولادة
أقل من ستة أشهر، فالولد للأول؛ لأننا نيقن أن العلوق ليس بعد النكاح
الثاني، فلم يكن جعله من الثاني فكان من الأول، أمّا إذا كان أكثر من
ستة أشهر، فالولد للثاني؛ لأنه هو المستفرش حقيقة، وفراشه وإن كان
فاسداً فإنه فراش.

وقال محمد رحمته الله^(٢): إن كان الزمان المتخلل بين (أول الوطء)^(٣) وبين
وضع الولد أقل من ستين فالولد للأول، لاحتمال أنه من وطء الأول،

(١) «المبسوط» ١٧/١٦١-١٦٢، و«البحر الرائق» ٤/١٧٠-١٧١، واختلاف أبي
حنيفة وابن أبي ليلى ١٨٣-١٨٤.

(٢) في (ب): (الوطء الثاني)، وفي (ج): (أول الوطء والثاني).

أو لاحتمال العلوِّق به في وقتٍ يُحتملُ العلوِّقُ منه، واحتمالُ كونه من وطءِ الثاني صحيحٌ إلَّا أنَّ النكاحَ الأوَّلَ صحيحٌ والثاني فاسدٌ، والصحيحُ أولىُّ بالاعتبارِ، وإن كان أكثر من سنتين من وقتِ النكاحِ الثاني فهو من الزوج الثاني؛ لأنَّا تيقنا أنه ليس من الأوَّلِ فتعينَ الثاني؛ لأنه هو المستفرشُ حقيقةً، والصحيحُ في هذا البابِ ما رواه عبد الكريم الجرجاني رحمته الله (١) عن أبي حنيفة رحمته الله: أنَّ الأولادَ من الزوج الثاني رجع إلى هذا القولِ وعليه الفتوى، ذكره الحسامُ رحمته الله في «الواقعات»، والتنبيهُ (٢) إلى ذلك من الزوائد.

قال: (ولو ولدَتْ مكاتبةٌ من أحد الشريكين فنصيبه أم ولد له) (٣) ولها الخيار، فإن عجزت نفسها فكلها أم ولد ويضمن لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها، وإلَّا أخذت العقر، فإذا أدت عتقت والولاء لهما. وقالوا: كلها أم ولد ومكاتبة ويغرم نصف قيمتها).

رجلان مشتركان في أمةٍ فكاتبها فأدت بولِدٍ من أحدهما صارَ نصيبه أم ولدٍ له، ثم لها الخيارُ إن شاءت عجزت نفسها فتصير كلها أم ولدٍ له، ويضمنُ المستولدُ نصفَ عقرها ونصفَ قيمتها، وإن شاءت مضت على الكتابةِ وأخذت عقرها منه، وإذا أدت عتقت والولاءُ للشريكين، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله (٤).

(١) «المبسوط» ١٧/١٦٢.

(٢) في (ب): (والإشارة). (٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ١٧/١٢٥، و«الهداية» ٢/٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/٢٩٦-

٢٩٧، و«اللباب» ٣/١٢٤-١٢٥.

وقالاً^(١): كلها أم ولد له وكلها مكاتبة له، ويغرمُ لشريكه نصف قيمتها؛ لأنَّ الكتابة قابلةٌ للفسخ، والاستيلاء لا يتجزأ، وإذا أنفست الكتابةُ عادت مكاتبةً للمدعي؛ لأنَّ أمتناع الفسخ لحقَّ المكاتبة وهي راضيةٌ بالفسخ على هذا الوجه لما لها فيه من النفع الظاهر، وله أنَّ الكتابةَ مانعةٌ للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ كالندير، ولو كانت مدبرةً فجاءت بولدٍ فادّعاء أحدهما يصير نصيبه أم ولدٍ، ويلقى نصيبُ الآخر مدبراً على حاله بالإجماع، فكذا هذا قولهما: تنسخُ الكتابةُ لئتم الاستيلاء له فيها بواسطة ملكٍ نصيبٍ الشريك.

(وقلنا: الملك له في فصل الأمة إنما يثبت في نصيبٍ شريكه)^(٢) ضرورة صحة الاستيلاء، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولا تبني عليها ضرورة أخرى. ولو قلنا ههنا بذلك أفضى إلى ترتيب ضرورةٍ على الضرورة، وهذا لأنَّ تملك نصيبٍ الشريك لضرورة الاستيلاء ١٥٣ب/ وفسخُ الكتابة لضرورة التملك، فكان فسخُ الكتابة ضرورةً الاستيلاء، وأنه غيرُ جائز؛ لأنَّ إثبات أمر يأباه الدليل (الضرورة أمرٌ آخر يأباه الدليل) ممتنع، وهذه من فروع الخلاف في تجزيء الاعتاق، وقد مرَّ الكلام فيه^(١).

قال: (والأمة المشتركة إذا أتت بولدٍ فادعوه يثبت منهم ومن أثنين لا ثلاثة).

الجارية المشتركة بين جماعة إذا أتت بولدٍ فادعوه كلهم ثبت نسبه منهم مطلقاً.

(١) «المبسوط» ١٧/١٢٥، و«الهداية» ٢/٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/٢٩٦-٢٩٧، و«اللباب» ٣/١٢٤-١٢٥.

(٢) ساقط من (ب).

وقال أبو يوسف رحمته الله ^(١): يثبت من آثنين، فإذا كانوا ثلاثة لم يثبت.
 وقال محمد رحمته الله ^(١): إن كانوا ثلاثة ثبت فإن زادوا لم يثبت.
 ولأبي يوسف رحمته الله ^(١) أن الولد يستحيل أن يكون إلا من ماء واحد
 حقيقة، وإنما أثبتناه من الآثنين؛ لحديث عمر رضي الله عنه: هو ابنهما يرثهما
 ويرثانه. ولا نص في الزائد على الآثنين فجرينا فيه على الأصل.
 ولمحمد رحمته الله ^(١) أنه إذا (ثبت من ^(٢) آثنين حكماً) ^(٣) ثبت من ^(٤) ثلاثة؛
 لأنها قريبة من الآثنين.

وأبو حنيفة رحمته الله ^(١) يقول: العلة هو الاشتباه ومساس الحاجة إلى من
 يربي الولد، والأربعة فصاعداً كالاثنين في ذلك.

قال: (أو مسلم وذمي أو أب وابن جعلناه للمسلم والأب
 لا لهما).

هاتان مسألتان:

الأولى: جارية مشتركة بين مسلم وذمي، فأنت بولد فادّعيه فالولد
 ثابت النسب من المسلم.

وقال زفر رحمته الله ^(٥): يثبت منهما؛ كما إذا كانا مسلمين بجامع أن للذمي
 فيها من الملك المطلق للتصرف وصحة دعوى نسب ولدها ما للمسلم.
 ولنا ^(٥): أن مصلحة الولد في ثبوت نسبه من المسلم، فوجب أن يقضى

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٧، و«الهداية» ٢/٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/٢٩٨،
 و«اللباب» ٣/١٢٥.

(٢) في (ج): (بين). (٣) ساقط من (ب). (٤) في (ج): (بين).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٥٦-٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٨٨، و«الهداية» ٢/١٩٨،
 و«البحر الرائق» ٤/٢٩٩.

به للمسلم؛ وهذا لأنهما تساويا في الملك الثابت فيها، ويرجعُ هذا بالإسلام؛ لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى»^(١).

المسألة الثانية: إذا كانت الجاريةُ مشتركةً بين الأب والابن، فأتت بولدٍ فادّعياه ثبت نسبه من الأب عندنا^(١).

وقال زفر رحمته الله^(١): هو بينهما لتساويهما في الملك الثابت فيها. ولنا أنَّ الأب أولى؛ لأنه لو ادّعى ولدَ جاريةِ الابن ثبت نسبه منه، والابن لو ادّعى نسبَ ولدٍ جاريةِ أبيه لا يثبت، فكان استيلاءُ الأب هذه الجاريةَ صحيحًا من كل وجه، واستيلاءُ الابن إياها صحيحٌ من حيث ثبوت ملكه في بعضها، غيرُ صحيحٍ من حيث أنَّ بعضها ملكُ الأب فيترجح استيلاءُ الأب، فيكون إثباتُ النسبِ منه أولى.

قال: (ولو برهن كلُّ من أثنين أنَّ هذا العبدَ له ولد على ملكه من عبده وأمه كان لهما ونسبه ثابتٌ من الأبوين، وقالوا: من العبدین).

رجلٌ في يده عبد فادّعى آخر عليه أنَّ هذا العبدَ الذي في يده عبده، وُلِدَ في ملكه من عبده هذا وأمه هذه، وأقام بيّنةً على ذلك، وادّعى ثالثٌ مثلَ هذه الدعوى، وأقام البيّنة عليها قضي بالعبدِ بينهما إجماعًا من أصحابنا^(٢)؛ لاستوائهما.

(١) رواه الدارقطني ٢٥٢/٣ والبيهقي ٢٠٥/٦ كلاهما عن عمرو بن عائذ وفي الباب عن عمر بن الخطاب، ومعاذ. ورواه البخاري تعليقًا موقوفًا على ابن عباس كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات هل يصلي عليه؟.

(٢) «الجامع الكبير» ١٢٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٦-٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٣٨٦-٣٨٧/٦.

ثم اختلفوا في ثبوت النسب، فقال أبو حنيفة رحمته الله^(١): نسبه ثابت من العبدین والأمتین. وقال: لا يثبت من الأمتین؛ لأن البيتين تهاترتا في حق ثبوت النسب من (الأمتین)^(٢)؛ لأن ثبوته مبني على الولادة، إذ لا يتصور ثبوت النسب منها بدونها، وولادة الواحد منهما محال بخلاف الرجلين؛ لأن أنخلاق الولدين من ماء رجلين وإن كان مستحيلًا عادة لكنه ليس بمستحيل في نفسه، والحاجة ماسة إلى إثباته من الأبوين تحصيلًا لما يتعلق بذلك من المصالح المتعلقة بالنسب، ولا استحالة حقيقة ولا تدافع فيثبت منهما، أمّا ثبوته من الأمتین فمستحيل حقيقة، ولا حاجة إلى إثباته منهما؛ لحصول الغرض بإثباته من الأبوين، وله أن المشترك من المصلحة بين إثبات النسب من الرجلين بعلّة الاشتباه (وبين إثباته من المرأتين بعلّة الاشتباه)^(٣) موجود في حق (الأمتین)^(٤) فيثبت النسب منهما عملاً بالعلّة، كيف وهاتان الشهادتان معتبرتان في حق ثبوت الملك لهما في العبد، وفي حق ثبوت نسبه (من عبديهما)^(٣)؟ فيجب اعتبارهما في حق ثبوته من الأمتین^(١).

قال: (ولو ادعى مولى أمة أنت بثلاثة في بطن أكبرهم أثبتناه لا الكل).

أمة أنت بثلاثة أولاد في بطون مختلفة ولا زوج لها، وبين كل ولادتين ستة أشهر، فادعى مولاها أن أكبرهم سنًا ولده ثبت منه نسب الأول وحده.

(١) «الجامع الكبير» ١٢٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٦-٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٣٨٦-٣٨٧.

(٢) في (ب): (الأمتين). (٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (الأمتين).

وقال زفر رحمه الله ^(١): يثبت نسب الكلّ منه لاستنادِ دعويّه إلى زمانِ العلوق، ولكونها أمّ ولده وقت ولادة الثاني والثالث، ونسبُ ولدِ أمّ الولدِ يثبتُ من غيرِ دعوى.

ولنا ^(١): أنّ الاستنادَ لا يظهرُ في المنفصلِ، والولدان منفصلان من الأم وقت ثبوتِ الاستيلاء منها فظهرَ الاستنادُ في حقّه دونهما؛ لقيام المانع من ظهوره في حقهما، وهو الانفصالُ على أنّ تخصيصه الدعوى بنسبِ الأكبرِ مما يمكن أن نستدلّ به على نفي الآخرين وولد أمّ الولدِ يتنفي نسبه بمجردِ النفي.

قال: (أو قال أحدُهم: ولدي ومات مجهلاً فنلتُ كلَّ حُرٍّ، وعليه السعايةُ في باقيه وأفتى بثلثِ الأوّلِ ونصفِ الثاني وكلِّ الثالثِ، ويوافق في الآخرين ويُعتقُ نصفُ الأوّلِ في رواية).

رجلٌ له جاريةٌ فولدتُ ثلاثةَ أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ بأن كان بين كلِّ ولادتين ستّةُ أشهرٍ فصاعداً، فقال المولى: أحدُ هؤلاء ولدي، ومات قبلَ البيانِ عتقتِ الأمُّ بغيرِ سعاية.

وأما الأولادُ فقال أبو حنيفة رحمته الله ^(٢): /١٥٤/ يُعتقُ من كلِّ واحدٍ ثلثه لأنه لما تعدّرَ النسبُ في المجهولِ جعلَ هذا الكلامَ مجازاً عن التحرير. وقال محمد رحمته الله ^(٢): يعتقُ ثلثُ الأكبرِ ونصفُ الأوسطِ وكلُّ الأصغرِ؛ لأنّ ثبوتَ النسبِ في المجهولِ وإن كان متعدّراً لكن ثبوتَ العتقِ المبهمِ ليس

(١) «المبسوط» ١٧/١٤٥، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٩١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٩، و«المبسوط» ١٧/١٤٢ - ١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٩٢.

بمعتذرٍ فينزُلُ العتقُ بناءً على العلوقِ فتعتبرُ الأحوالُ، فنقول: إنَّ أرادَ الأولُ عُتِقَ وكانَ مقرًّا بأنَّ الثاني والثالثَ (ولداً من أمٍّ ولده)^(١) فيعتقان، وإنَّ أرادَ الثاني عتق هو والثالثَ ولا يعتق الأولُ، وإنَّ أرادَ الثالثَ عُتِقَ وحدهُ، فالثالثُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، والثاني يعتقُ في حالين ويرقُّ في حالٍ إلا أنَّ أحوالَ الإصَابَةِ حالةٌ واحدةٌ، وأحوالُ الحرمانِ أحوالُ الإصَابَةِ؛ لأنَّ الإصَابَةَ إشارةٌ إلى الثبوتِ، والشيءُ إذا ثبتَ بسببٍ لا يكونُ ثابتاً بغيرِ ذلكَ السببِ، والحرمانُ إشارةٌ إلى العدمِ، والعدمُ يتحققُ لانتفاءِ سببٍ الوجودِ، ويتحققُ لانتفاءِ شرطِ الوجودِ ولانتفائهما جميعاً، فيعتقُ نصفُهُ، والأولُ يعتقُ في حالٍ ويرقُّ في حالين، فيعتقُ ثلثه ويسعى في ثلثيه.

ويروى عن أبي يوسف رحمته الله^(٢) كما قال محمد رحمته الله^(٢) في الثاني والثالث، وقال في الأول: يعتقُ نصفُهُ باعتبارِ جعلِ أحوالِ الحرمانِ حالةً واحدةً، والروايةُ الأولى هي ظاهرُ المذهبِ.

قال: (ولو ولدتِ المبانةُ المعتدةُ ولدين في بطنٍ أحدهما لأقلَّ من سنتين من وقتِ الإبانةِ، والآخر لأكثرَ منهما فنفاهما أثبت نفيهما وهما نسبهما).

مبانةٌ معتدةٌ أتت بولدين في بطنٍ أحدهما لأقلَّ من سنتين من وقتِ البيئونةِ، والولدُ الآخر لأكثرَ من سنتين من وقتها فنفاهما الزوجُ. قال أبو حنيفة^(٣) وأبو يوسف رحمهما الله^(٣): لا يصحُّ النفيُّ ويثبتُ نسبُهُما منه ويحدُّ.

(١) في (ب): (وَلَدًا أُمَّ وَلَدِي).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٩، و«المبسوط» ١٧/١٤٢-١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٩٢.

(٣) «الهداية» ٢/٣١٤-٣١٥، و«الاختيار» ٣/١٧١، و«البحر الرائق» ٤/١٧١.

وقال محمد ﷺ^(١): يصح نفيه ولا يثبت نسبهما منه ولا يحد الزوج؛ لأننا تيقنا أن العلوق بالولد الثاني لم يكن من وطء قبل الإبانة لتجاوزه أكثر مدة الحمل والأول تابع له؛ لأنهما توأمان ولا يتبع الثاني الأول ههنا؛ لأن نسب الولد الأول لو ثبت لثبت بالاجتهاد والثاني منتفٍ بالنص، وهو قول عائشة رضي الله عنها: لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين. والاجتهاد يُترك بالنص ولا ينعكس، ولهما أن الولد الأول عند ولادته حكما بثبوت نسيه؛ لعدم المانع من ثبوته، والمقتضي لثبوته قائم فيستتبع الولد الثاني كما لو باع جارية فجاءت بولدين أحدهما (من)^(٢) قبل ستة أشهر من وقت البيع، والآخر لأكثر من ستة أشهر فادعى البائع الأول أو أَدَعَاهُما ثبت نسبهما منه بدون تصديق المشتري؛ لاستتباع السابق اللاحق كذا ههنا^(٣).

قال: (ولو ادَّعى عبد و^(٢) زوجته أمة لقيطاً وصدقه المولى ثبت منه^(٣)، ويحكم برقه وحكم بحريته).

عبدٌ لرجل ادَّعى أن هذا اللقيط ولده من زوجته وهي أمة وصدقه مولاه على ذلك ثبت نسب اللقيط منه؛ لكونه مصلحة في حقه، ويكون عبداً لمولاهما عند أبي يوسف^(٤) تبعاً لها.

(١) «الهداية» ٢/٣١٤-٣١٥، و«الاختيار» ٣/١٧١، و«البحر الرائق» ٤/١٧١.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (نسيه).

(٤) «مختصر الطحاوي» ١٤١، و«الهداية» ٢/٤٦٨، و«الاختيار» ٣/٣٦، و«اللباب»

وقال محمد ﷺ^(١): (هو حرٌّ؛ لأنَّ اللقيط)^(٢) هو حرٌّ بالأصالة،
وتصادقُ العبد ومولاه لا يصلحُ حجةً عليه في إبطالِ حريته الثابتة
بالأصل^(١).

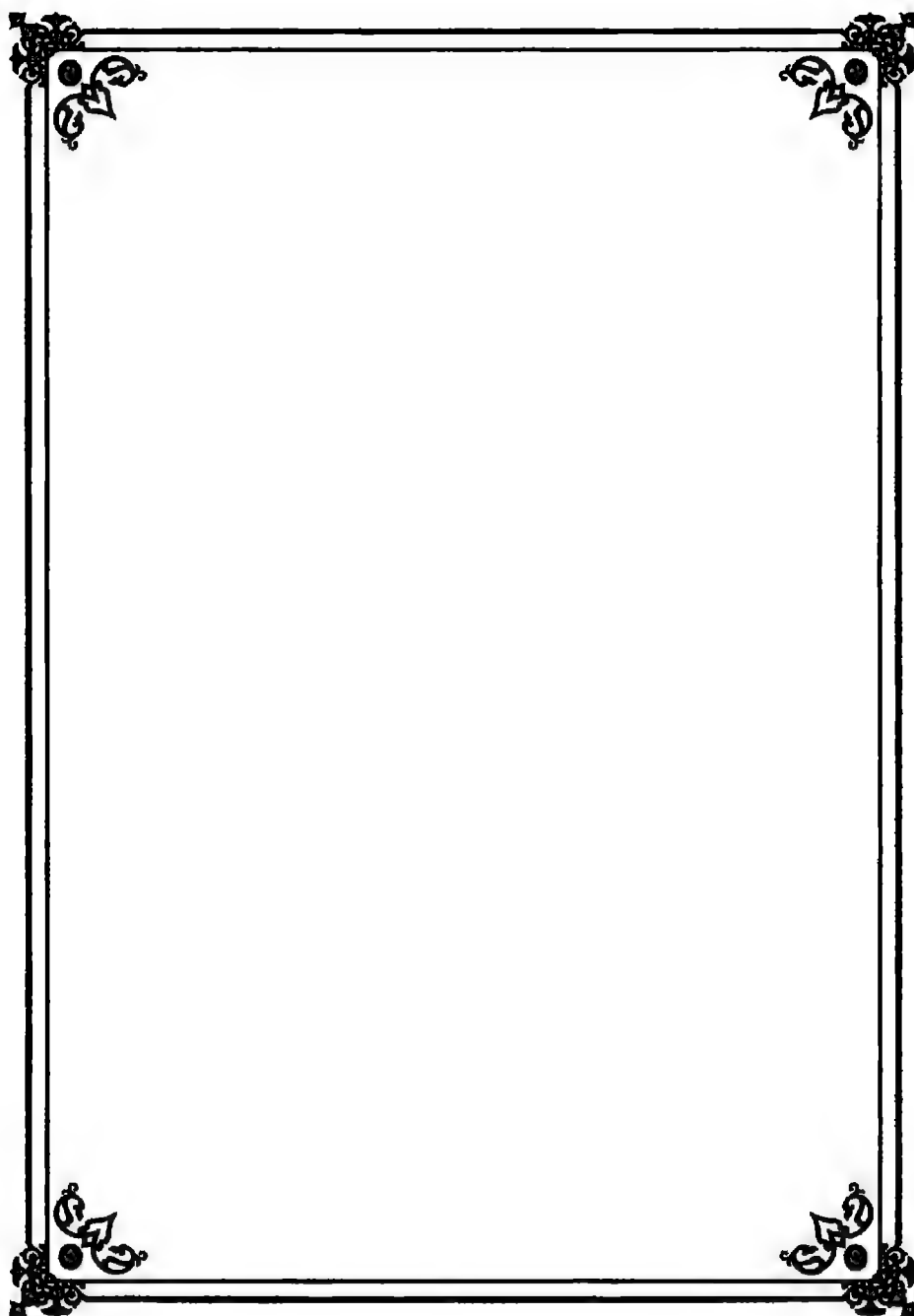


(١) «مختصر الطحاوي» ١٤١، و«الهداية» ٤٦٨/٢، و«الاختيار» ٣٦/٣، و«اللباب»
٢٠٦/٢.

(٢) من (ب) و(ج).

۷۷

کتاب الشہادت



كتاب الشهادات (١)(٢)

قال: (يفترضُ أدائها؛ لطلبِ المدعي).

قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي: ولا يَأْبُ الشهداء غير أداء الشهادة.

وقيل: ولا يَأْبُ الشهداء إذا ما دعوا إلى تحملِها أن يجيبوا إلى ذلك، وعلى هذا القولُ فتسميتُهم شهداء باعتبارِ مشارفتهم إياها، والأوّل أقربُ إلى الحقيقة باعتبارِ استمرارِ الشهادة كأنهم يلابسوها.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشَّكْدَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فإِنَّهُ إِثْمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو صريحٌ في ذلك، وإنما قال: بطلبِ المدعي؛ لأنَّ ذلك حقٌّ له فيتوقف على طلبه.

قال: (ويخير في الحدود ويفضل الستر).

الشاهدُ بالحدِّ مخيرٌ بين الإظهارِ والسترِ إلا أنَّ السترَ أفضلُ، أمّا الخيارُ فلأنَّ في كلِّ من الأمرين جهة حسبة، فإقامة الحدِّ يقتضي الإظهارَ، والتحرُّرُ عن هتكِ المسلمِ يقتضي السترَ إلا أنَّ السترَ أفضلُ^(٣)؛ لقوله ﷺ للذي شهدَ

(١) وجه المناسبة بين الكتّابين من حيث أن حجية الشهادة عند أقامت الدعوى.
«المستجمع شرح المجمع» ٦٥٣.

(٢) الشهادة لغة: خبر قاطع الأطلاع على الشيء عياناً، وكذلك العين في القضاء.
«مختار الصحاح» ص ٣١٧ مادة شهد، و«المصباح المنير» ص ١٩٥ مادة شهد، و«المعجم الوسيط» ٤٩٧/٢ مادة شهد.

(٣) «الهداية» ١٢٩/٣، و«الاختيار» ٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٧/٤-٢٠٨، و«اللباب» ٥٤/٤.

عنده: «لو سترته بثوبك لكان خيرًا لك»^(١) وقوله ﷺ: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»^(٢).

قال: (ويقول في السرقة: أخذ، لا سرق).

أما الأول فلأن إحياء حق المسروق منه في المال يحصل بقوله: أخذ. وأما الثاني فامتناعه من لفظة السرقة محافظةً على المندوب إليه من الستر؛ ولأنه إذا قامت البيّنة بالسرقة فظهرت عند القاضي فإنه يقطع، والقطع مع الضمان لا يجتمعان فيكون في أداء الشهادة بالحدّ تضييع حق المسروق منه بالمال، ففي لفظة الأخذ جمع بين الستر وإحياء الحق^(٣).

قال: (ولا يثبت الزنا إلا بأربعة، ولا الحدود والقصاص إلا برجلين، ويسمعُ فيما عدهما شهادة رجل وامرأتين، ولا نقيده^(٤) بالمال).

الشهادة على مراتب، منها الشهادة على الزنا ويعتبر فيه^(٥) شهادة أربعة من الرجال، وقد مرّ ذلك في كتاب الحدود.

ومنها / ١٥٤ب/ الشهادة في الحدود والقصاص، والمعتبر فيها شهادة الرجال فقط، ولا يجوز فيها شهادة النساء مع الرجال؛ لحديث الزهري

(١) رواه أبو داود (٤٣٧٧) وأحمد ٥ / ٢١٧ والحاكم ٤ / ٤٠٣ وقال: صحيح الإسناد؛ والطبراني ٢٢ / ٢٠٢ وصححه الألباني في «السلسلة الصحيحة» (٣٤٦٠).

(٢) رواه أبو داود (٤٩٤٦) والترمذي (١٤٢٥) وصححه الألباني في «صحيح أبي داود».

(٣) «الهداية» ٣ / ١٢٩، و«اللباب» ٤ / ٥٤، و«الاختار» ٢ / ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٤ / ٢٠٧-٢٠٨.

(٤) في (ب): (تقبل).

(٥) في (ج): (فيها).

كَتَبَهُ: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ وللخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص؛ ولأن في شهادتهن شبهة البدلية عن شهادة الرجال، فلا يسمع فيما يندرى بالشبهات، ويسمع في نفس الحدود والقصاص شهادة رجلين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ومنها الشهادة فيما عدا ذين من الحقوق المالية وغيرها تقبل فيها شهادة رجل وامرأتين^(١).

وقال الشافعي كَتَبَهُ^(٢): لا تعتبر شهادة الرجال والنساء إلا في الحقوق المالية وتوابعها، والخلاف يظهر في مثل النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية. له أن الأصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط؛ ولهذا لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص ولا شهادة الأربع منهن عندكم، وقبولها في الأموال على وجه الضرورة؛ لكثرة وجودها وقلة خطرهما، فلا يلحق بها ما هو أقل وجوداً وأعظم خطراً كالنكاح.

ولنا^(٣): أن الأصل في شهادتهن القبول لوجود ما تبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء، فالمشاهدة علة حصول العلم للشاهد بالمشهود به، والضبط علة بقاءه، والأداء علة^(٤) حصول العلم

(١) «المبسوط» ١١٤/١٦-١١٥، و«بدائع الصنائع» ٤٣٨-٤٣٩، و«درر الحكام» ٣٧١-٣٧٢، و«البحر الرائق» ٦٠-٦١/٧.

(٢) «الأم» ٣٠٣/٦، و«التنبيه» ٢٧٠، و«الوجيز» ٢٥٢-٢٥٣، و«روضة الطالبين» ٢٢٧-٢٢٨.

(٣) «المبسوط» ١١٥-١١٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤٩٥/٥، و«درر الحكام» ٣٧٢/٢، و«اللباب» ٥٦/٤.

(٤) ساقطة من (ب).

به للقاضي، ولهذا فإنها مقبولة الرواية والإخبار، وما يعرضُ لهنَّ من قلة الضبط فهو مجبورٌ بضمِّ الأخرى إليها فلم تُبقِ شهادتهنَّ إلَّا الشبهة فيؤثر^(١) فيما يندرى بالشبهة، والحقوقُ الغير المالية مما ثبتت مع الشبهة^(٢) حتى قبلت فيها الشهادة على الشهادة، فتقبلُ شهادتهنَّ فيها، وعدمُ قبول شهادة الأربعِ منهنَّ على خلافِ القياسِ صيرَ إليه؛ كيلا يكثر خروجهنَّ^(٣).

قال: (ولا يشترط أربعاً فيما لا وقوف للرجال عليه ولا عينوا ثنتين فتكفي الواحدة).

شهادة النساءِ وحدهن مقبولة فيما لا اطلاع للرجال عليه كالعيوبِ بالنساءِ والبراءة والولادة.

فمذهبُ الشافعي رحمته الله^(٤) أنه لا بدَّ في ذلك من شهادة أربع نسوة؛ لأنَّ الشهادة المطلقة شهادة رجلين، وقد أقامَ الشرعُ الثنتين^(٥) مقامَ الرجلِ فالأربع يقمن مقامَ الرجلين.

وعن مالك رحمته الله^(٦) أنه اشترط ثنتين؛ لأنَّ الواحدة في هذا الباب كالرجل، فيشترط العددُ فيه كالرجال فيما يثبتُ بشهادتهم.

(١) في (أ): (فيورث).

(٢) في (ب): (الشهادة).

(٣) «المبسوط» ١١٥/١٦-١١٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤٩٥/٥، و«درر الحكام» ٣٧٢/٢، و«اللباب» ٥٦/٤.

(٤) «الأم» ٣٠٤/٦، و«التنبية» ٢٧١، و«الوجيز» ٢٥٢/٢، و«روضة الطالبين» ٢٢٧/٨.

(٥) في (ب): (اثنتين).

(٦) «التفريع» ٢٣٨/٢، و«الكافي» ٤٦٩-٤٧٠، و«بداية المجتهد» ٨٣١/٢، و«التلقين» ٥٤١/٢.

ولنا^(١) : في الأكتفاء بالواحدة؛ لقوله ﷺ : « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجل النظر إليه »^(٢). والجمع المحلّ بالآلف واللام يراد به الجنس، فيتناول الأقلّ عند تعذر الكلّ؛ ولأنه إنما سقط اشتراط الذكورة تخفيفاً من حيث إن نظر النساء إلى مثلهنّ أخفّ فيسقط اشتراط العدد أيضاً، إلّا أنّ الاحتياط في الشتين والثلاث لموضع الإلزام.

قال : (وشهادتهن على الاستهلال مردودة في حق الإرث).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٣) : شهادة القابلة على استهلال الصبي وهي صياحته عقيب الولادة مردودة في حق الإرث لا في حق الصلاة عليه.

وقالا^(٤) : هي مقبولة في حق الإرث أيضاً؛ لأنّ ذلك أمر يكون عند الولادة، فكان مما لا يطلع عليه الرجال، فتجوز شهادتهن فيه، لما روينا، وصار كشهادتهن على نفس الولادة واعتباراً بقبولها في حق الصلاة عليه. وله أنّ الإرث من الأمور الخطيرة الدنيوية، فإذا وقع فيه الاختلاف لم يثبت إلّا بما ثبت به سائر الحقوق المالية، والاطلاع على ذلك ممكن؛ لأنه أستماع صوت الصبي، وليس ذلك بأمر عزيز، بخلاف

(١) «الهداية» ٣/١٣٠، و«الاختيار» ٢/٤١٢-٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٠٩، و«البحر الرائق» ٧/٦١.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/١٠٢ : غريب ولكن رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ٨/٣٣٣ عن الزهري قال مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل فيما يلين من ولادة المرأة واستهلال الجنين وفي غير ذلك من أمر النساء الذي لا يطلع عليه ولا يليه إلّا هن.

(٣) «المبسوط» ١٦/١٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/٦١-٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٦٤-٤٦٥، و«اللباب» ٤/٥٦.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

قبول الشهادة في حق الصلاة؛ لأن ذلك أمرٌ أخروي، وبخلافِ شهادتهنَّ على نفسِ الولادة؛ لأنه لا اطلاعٌ للرجالِ عليه^(١).

قال: (وشرط في ترجمة لغة الشاهد وتزكية السر عدد البيّنة واكتفينا بثقة).

قال أبو حنيفة^(٢) وأبو يوسف^(٣) رحمهما الله: إذا كان القاضي لا يعرف لغة الشاهد أو المدعي أو المدعى عليه يترجمُ له عنه رجل^(٤) مسلم ثقة والاثنان أحبُّ.

وقال محمد ﷺ^(٥): لا يجوزُ في الترجمة أقلُّ من رجلين أو رجلٍ وامرأتين، وعلى هذا الخلاف المزكي؛ لأن الترجمة والتزكية في معنى الشهادة على الشهادة، فيشترطُ فيهما ما يُشترطُ في الشهادة بالحقوق إلا بلفظ الشهادة، كما شرطُ فيها الإسلام والعدالة والحرية والبلوغ؛ وهذا لأن ولاية القضاء مبنية على ظهور العدالة، وظهورها بالتزكية فيشترطُ فيها العدد كما تشترطُ العدالة وكما تشترطُ الذكورة في المزكي في الحدود.

ولهما: أن التزكية والترجمة خبرٌ؛ ولذلك لم تشترط فيهما لفظة الشهادة، والخبر لا يشترطُ فيه العدد كرواية الأحاديث ولا يلزم من اشتراط العدالة والإسلام والحرية والبلوغ اشتراط العدد اعتبارًا

(١) «المبسوط» ١٦/١٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/٦١-٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٦٤-٤٦٥، و«اللباب» ٤/٥٦،

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«المبسوط» ١٦/٨٩-٩٠، و«فتاوى قاضيخان» ٥/١٤٥، و«الاختيار» ٢/٣٤٨.

(٣) من (ب)، (ج).

بالقاضي، وهذا لأنه أنابهما مناب نفسه، لتعذر قيامه بنفسه / ١٥٥/ على ذلك، وإنما قال: تزكية السر؛ لأن الخلاف في ذلك فلذلك زاده، وأما في تزكية العلانية فالعدد شرط إجماعاً^(١) على ما قاله الخصاف؛ لاختصاصها^(٢) بمجلس القضاء، وقالوا: تشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد ﷺ^(١).

قال: (ونجيز تلقين الشهود في غير الحدود).

قال أبو يوسف ﷺ^(٣): يجوز للقاضي أن يلحق الشهود كيفية أداء الشهادة إلا في الحدود؛ لأنها تندري بالشبهة، وفي غيرها فلا بأس به إحياء لحقوق الناس؛ لأن مهابة مجلس القاضي قد تمنع الشاهد من إظهار ألفاظ الشهادة كما يجب.

ولهما: أن في ذلك إعانة لأحد الخصمين على الآخر فيكون خارجاً عن حد الانصراف^(٤) فيجب اجتنابه نفيًا للتهمة^(٥).

قال: (وتشترط العدالة، ولفظة الشهادة).

أما الأولى فلقوله تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ١٢].

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«المبسوط» ١٦/٨٩-٩٠، و«فتاوى قاضيخان»

١٤٥/٥، و«الاختيار» ٢/٣٤٨.

(٢) في (ب)، (ج): (لاختصاصهما).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/٨٧، و«فتاوى قاضيخان» ١٤٥/٥،

و«الهداية» ٣/١١٥.

(٤) في (ب): (الإنصاف).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/٨٧، و«الهداية» ٣/١١٠، و«تبين

الحقائق» ٤/١٧٩.

ولأنَّ العدالةَ هي التي تغلبُ على ظنِّ القاضي صدقه؛ لأنَّ من يتوقى ارتكابَ محرم دينه، فالظاهرُ (توقيفه)^(١) الكذب، كما أنَّ من يرتكبُ محرماتِ دينه قد يتعاطى الكذبَ.

وعن أبي يوسف رحمته الله^(٢) أنَّ الفاسقَ إذا كان وجيهاً عند الناسِ ذا مروءةٍ تقبلُ شهادته؛ لأنه لا يستأجرُ لموضعِ الوجاهةِ، ومروءته تمنعُ الكذبَ والأولُ أصحُّ، إلَّا أنَّ القاضي لو حكمَ بشهادةِ الفاسقِ صحَّ القضاءُ عندنا^(٣) على ما عرف.

وأما الثاني وهو الإتيانُ بلفظةِ الشهادةِ فشرط، حتى لو قال عوضها: أعلم أو أتيقنُ لا^(٣) يسمع، وهذا لأنَّ النصوصَ أقرت بذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ولأنَّ في هذه الكلمة زيادةً تأكيدٍ فإنها من ألفاظِ اليمين، فكان النطقُ بها أدعى إلى الامتناعِ عن الكذبِ، وهذا الشرطُ في كلِّ ما تقدم إلَّا في ترجمة لغة الشاهد، والتركية حتى تشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح؛ لأنَّ ذلك شهادة؛ لما فيها من معنى الإلزام ولاختصاصها مجلس القضاء، وتشترط فيها الحرية والإسلام^(٢).

(١) في (ب)، (ج): (توقيه).

(٢) «المبسوط» ١٦/١٣٠-١٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٢٣-٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٠٩-٢١٠، و«إيثار الإنصاف» ٦٧٦، و«اللباب» ٤/٥٧.

(٣) في (ب): (لم).

قال: (والقاضي يعمل بظاهر العدالة، ولا يسأل إلا فيما يندري بالشبهة^(١)) أو لطعن الخصم، وقالوا: يسأل سرًا وعلانية ويفتني بقولهما).

قال أبو حنيفة رحمه الله^(٢): يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم، ولا يسأل إلا في الحدود والقصاص؛ لأنَّ ذلك مما يندري بالشبهة فيحتاج في السؤال تحيلاً في الدرع، والأصل فيه قوله عليه السلام: «المسلمون عدولٌ بعضهم»^(٣) على بعض إلا محدودًا في قذف. وروي عن عمر رضي الله عنه مثله؛ ولأنَّ الظاهر من حال المسلم أن ينزجر عما حرّمه الله تعالى عليه، وبالظاهر كفاية؛ لأنَّ القطع مما يتعذر الوصول إليه، وإذا طعن الخصم في الشهود يسأل عنهم؛ لتعارض الظاهرين، فإنَّ الظاهر في حال الشاهد عدالته وصدقته، والظاهر من حال الطاعن أيضًا مثل ذلك، فلا بدَّ من السؤال طلبًا للترجيح.

وقالوا^(٤): لا بدَّ من أن يسأل القاضي من الشهود سرًا وعلانية في سائر الحقوق؛ لأنَّ مبنى القضاء على الحجة وهو يقوم بشهادة العدول فيجبُ تعرفها؛ صونا لقضائه عن البطلان، وقد قيل: هذا اختلاف زمان، فإنَّ عصر الإمام أبي حنيفة رحمه الله كان من الأغصير المشهود لها بالعدالة، (وفي عصرهما تغير الحال عما كان عليه فيجبُ على القاضي في هذا الزمان

(١) في (ب): (بالشبهات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ٨٨/١٦، و«بدائع الصنائع» ٤٢٦/٦-٤٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ١٤٦/٥-١٤٧، و«اللباب» ٥٧/٤-٥٨.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

تعرف العدالة، فلذلك زاد ويفتَى بقولهما^{(١)(٢)}.

قال: (وإن أكتفى بالسّرّ جاز، ويقول المزكي: هو عدل^(٣) جائرُ الشهادة).

تزكية السّرّ أن يبعث القاضي سرّاً إلى المعدل بنسب الشاهد وحليته، ويرد المعدل إليه سرّاً لئلا يظهر ذلك فيخدع أو يقصد، وتزكية العلانية لا بدّ فيها من الجمع بين المعدل والشاهد؛ لتنتفي بذلك تهمة تعديله لغيره، وتزكية العلانية كانت كافية في الصدر الأول، ويكتفي بتزكية السّر الآن؛ تحرّزا عن الفتنة؛ لئلا يزكي من لا تجوز تزكيته أستحياء منه.

ويروى عن محمد ﷺ^(٤): تزكية العلانية بلاء وفتنة، ولا بد من أن يقول المعدل هو عدل جائرُ الشهادة؛ لأنّ العبد قد يعدل، وقيل: لو اقتصر على قوله هو عدل كفى ذلك؛ لثبوت الحرية بالدار، وقيل: هذا أصح. والمسألان من الزوائد^(٤).

قال: (ويجوز أن يشهد بكلّ ما سمعه أو أبصره من الحقوق والعقود من غير إشهاد، ويقول: أشهد، لا أشهدني إلّا الشهادة على الشهادة، فلا يجوز حتى يشهده).
ما يتحمّله الشاهد على ضربين:

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ٨٨/١٦، و«بدائع الصنائع» ٤٢٦/٦-٤٢٧، و«فتاوى قاضيه خان» ١٤٦/٥-١٤٧، و«اللباب» ٥٨-٥٧/٤.

(٣) في (ب): (عدول).

(٤) «المبسوط» ٩٢/٦، و«الهداية» ١٣٢/٣، و«الاختيار» ٤١٤/٢، و«البحر الرائق» ٦٤/٧.

أحدهما: ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فإذا سمع ذلك أو رآه جاز له^(١) أن يشهد به، وإن لم يشهده المقر أو البائع أو الغاصب عليه؛ لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وعلم ذلك هو المجوز لإطلاق الشهادة. قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]، وقال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»^(٢) / ١٥٤ ب، وإنما يقول أشهد أنه باع أو غصب أو أقر أو قتل، ولا يقول: أشهدني تحرراً عن الكذب، ولو سمع من وراء حجاب (لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي أنني شهدت عليه وهو من وراء حجاب)^(٣) لا يقبله القاضي لاشتباه النعمات فيفوت العلم بالمشهود عليه، اللهم إلا أن لا يدخل البيت ويعلم أنه ليس فيه أحد سوى ذلك الشخص، ثم يجلس على الباب ولا مسلك للبيت غيره، فإذا سمع إقراره من داخل البيت فله أن يشهد؛ لحصول العلم بالمشهود عليه في هذه الصورة^(٤).

والضرب الثاني: (ما)^(٥) لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادة ما لم يشهده،

(١) من (ب).

(٢) رواه أبو نعيم في «الحلية» ١٨/٤ وقال: غريب من حديث طاوس، والبيهقي في «الشعب» ٤٥٥/٤ (١٠٩٧٤) وقال: لم يرو من وجه يعتمد عليه، وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ١٩٨/٤: في إسناده محمد بن سليمان بن مشمول وهو ضعيف.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«الهداية» ١٣٣، و«تبين الحقائق» ٢١٣/٣، و«اللباب» ٥٨/٤.

(٥) من (ب)، (ج).

أو سمعَ شاهدًا (فيشهد)^(١) آخر على شهادته لم يجوز له أن يشهد إلا بإشهاد، وهذا لأنَّ الشهادة ليست موجبةً بنفسها وإنما تصير موجبةً بعد النقل إلى مجلس القضاء فيشترط فيها التحميل ولم يوجد فلا يجوز^(٢).

قال: (ولا يشهد بما لم يعاينه إلا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي إذا أخبره من يثق به).

الشاهد له أن يشهد بهذه الأشياء إذا حصل له العلم بها بالتواتر أو بإخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو بإخبار من يثق به، وقد قيل في الموت: يكتفى بإخبار واحد أو واحدة؛ لأنه قلماً يوقف عليه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح، فيشترط فيه العدد ليحصل للشاهد نوع علم بما يشهد به، وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز هذه الشهادة؛ لأنها مشتقة^(٣) من الشهود وهو الحضور والعلم ولم يحصل، وصار كالبيع.

وجه الاستحسان: أن هذه الأشياء مما لا يطلع على أسبابها إلا خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام باقية على انقضاء الدهور، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدّى إلى حرج كبير، وليس هذا مثل البيع؛ لأنه مما يسمعه كلُّ أحد^(٤) فافترقا، وينبغي للشاهد بالتسامع أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسرها، أمّا إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع

(١) في (أ): (يشهد).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«تبيين الحقائق» ٣/٢١٤، و«فتح القدير» ٧/٣٨٤-٣٨٥، و«اللباب» ٤/٥٩.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (واحد).

لا يسمعها القاضي كما أنَّ معاينة اليد في الأملاك مطلق لأداء الشهادة ثم إذا فسر لم تقبل كذلك ههنا، ولو شهد عل دفن فلان أو الصلاة على جنازته وفسر كذلك قبلت شهادته وهذه معاينة، والاقتصار على هذه الأشياء مما ينفي جواز غيرها بالتسامع.

وقد روي عن أبي يوسف رحمته الله ^(١) آخرًا جوازها بالتسامع في الولاء تنزيلاً له منزلة النسب، قال رحمته الله: «الولاء لحمه كلحمه النسب» ^(٢).

وقيل قوله: هذا في مولى له أبوان أو ثلاثة لا في رجل بعينه إلا أنَّ الولاء مما يبتنى على زوال الملك، وأنه يفتقر إلى المعاينة (فكذا ما يبتنى عليه، والمختار في أصل الوقف قول محمد رحمته الله ^(١) في أنه يجوز بالتسامع؛ لأنه مما يبقى على ممر العصور) ^(٣)، وقد ذكر في كتاب الوقف.

قال: (وإن ^(٤) رأى في يده شيئاً غير عبد وأمة كبيرين لا يعرف رقهما شهد له به من غير تفسير).

المسألة من الزوائد، وهي أنَّ الشاهد إذا رأى في يد آخر شيئاً غير العبد والأمة الكبيرين، ويحترز بهذا القيد عنهما إذا كانا صغيرين، فإنه يجوز أن يشهد لمن هو في يده أنه ملكه، ولكن لا يفسر للقاضي أنه يشهد بناءً على اليد فإن القاضي لا يسمع الشهادة، وهذا لأنَّ اليد أقصى ما يستدل بها على

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٣٨-٢٣٩، و«فتح القدير» ٧/٣٨٨-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٧٠-٤٧١، و«اللباب» ٤/٦٧.

(٢) رواه الشافعي في «مسنده» ١/٣٣٨ (١٥٦١) وابن حبان ١١/٣٢٥ (٤٩٥٠) والحاكم ٤/٣٧٩ وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (١٣١١٣).

(٣) ساقطة من (ب). (٤) في (ب): (إذا).

الملك؛ إذا اليد مرجع الدلالة في أسباب الملك فيكتفى بها.
وعن أبي يوسف رحمته الله ^(١) أنه يشترط مع اليد أن تقع في قلبه أنه له،
وقيل: هذا تفسير لإطلاق قول محمد رحمته الله ^(١) للرواية.
وقيل: لا بدّ مع اليد من التصرف؛ لأنّ اليد متنوعة إلى أمانة وملك،
ولكنّ التصرف أيضًا متنوع إلى إنابة وأصالة، والمسألة على وجوه إن
شاهد المالك والملك حلّ له أن يشهد وإن لم يعاينهما لا يحل. وإن
شاهد المالك دون الملك لا يحل أيضًا. وإن شاهد الملك بحدوده دون
المالك جازت الشهادة استحسانًا؛ لأنّ النسب ثبت بالتسامع، وأمّا العبد
والأمة فإن كان يعرف رقهما جازت الشهادة استحسانًا ^(٢)؛ لأن التوقيف
ليس في يد نفسه وإن لم يعرف رقهما فإن كانا صغيرين لا يعبران عن
أنفسهما جازت الشهادة أيضًا؛ لأنه لا يدّ لهما، وإن كانا كبيرين
ولا يعرف رقهما (لا تجوز) ^(٣) الشهادة بهما وهو المستثنى في الكتاب
لظهور يدهما على أنفسهما فتدفع يد غيرهما عنهما، ويدّ الغير عليهما
هو دليل الملك، وعندّ عدمه يعدم المطلق ^(٤) للشهادة، وهذا المذكور
من الاستثناء هو الصحيح. وقد روي عن أبي حنيفة رحمته الله ^(٥) جواز
الشهادة بهما أيضًا، وإن كانا كبيرين اعتبارًا بالثياب، والفرق ظاهر
لوجود يدهما على أنفسهما وعدم ذلك في الثياب.

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤١، و«الهداية» ٣/١٣٤-١٣٥، و«فتاوى قاضيخان»
٢٤٢/٥، و«البحر الرائق» ٥٧/٧.

(٢) من (ب). (٣) في (ب): (تجوز). (٤) في (ب): (الملك).

(٥) «الاختيار» ٤١٧/٢، و«فتح القدير» ٣٩٦/٧، و«البحر الرائق» ٦٧/٧، و«حاشية
ابن عابدين» ٤٧١/٥.

(٦) في (ب): (أن).

فصل:

فيمن تقبل شهادته وفيمن لا تقبل

قال: (ورددنا، شهادة ١١٥٦/ الأعمى مطلقاً، وقبولها فيما سبيله السمع رواية، ويجيزها إن تحملها بصيراً ولو عمي بعد الأداء أمتنع القضاء ويأمر به).

هذه مسائل:

الأولى: أن شهادة الأعمى مردودة غير مقبولة.

وقال زفر رحمته الله ^(١): وهو مذهب مالك رحمته الله ^(٢) يقبل فيما سبيله السماع وهو رواية عن أبي حنيفة رحمته الله ^(١)، وقد زاد الرواية في الكتاب واكتفى بالخلاف مع زفر ^(٣) عن نصبه مع مالك رحمته الله ^(٢)، ومعنى قوله: (مطلقاً) أي أن شهادته مردودة سواء كانت فيما سبيله السمع أو غيره وفسر بذكر ^(٤) الرواية عقيب قيد الإطلاق معناه وكشفه، وهذه الرواية مطابقة لمذهب زفر رحمته الله ^(٢) فعرف مذهب زفر رحمته الله ^(٣) على التفصيل من قيد الإطلاق والتفسير بعده.

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣٣٦-٣٣٧/٣،

و«المبسوط» ١٢٩/١٦-١٣٠، و«فتاوى قاضيخان» ٢٤٩/٥.

(٢) «التفريع» ٢٣٦/٢، و«المعونة» ١٥٥٧/٣، و«الكافي» ٤٦٤، و«الثلثين» ٥٤٢/٢.

(٣) «الهداية» ١٣٥/٣، و«الاختيار» ٤١٩/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧-٢١٨/٤،

و«البحر الرائق» ٧٧/٧.

(٤) في (ج): (بذلك).

المسألة الثانية: قال أبو يوسف رحمه الله ^(١) - وهو مذهب الشافعي رحمه الله ^(٢): إذا تحمل الشهادة في الديون أو في العقار فيما لا يحتاج فيه إلى ^(٣) الإشارة إلى المدعي، ثم ذهب بصره فشهد قبلت شهادته. وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ^(٤): لا تقبل وجه (قول زفر: أن الحاجة في هذه الشهادة إلى سماعه وهو صحيح لا آفة به).

وجه) قول أبي يوسف رحمه الله: أنه حصل العلم له بالعيان وقت التحمل، وأداؤه صحيح؛ لاختصاصه بالقول وهو غير محتاج إلى الإشارة فيحصل تعريف المشهود عليه بذكر نسبه، كما إذا شهد على الميت وهو عدل فتقبل.

ولنا ^(١): أن الأداء يفتقر إلى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه؛ إذ التعريف بالنسبة مع حضورهما ^(٤) لغو، والإشارة شرط ولا يمكنه التمييز إلا بالنغمة، وفي ذلك شبهة لا يجوز معها قبول الشهادة؛ لفوات ما هو الركن وهو التمييز بالإشارة وصار كالحدود والقصاص.

المسألة الثالثة: وهي من الزوائد، إذا أدى الشهادة ثم عي. قال أبو حنيفة ^(٥) ومحمد ^(٥) رحمهما الله: لا يجوز القضاء بها.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٣٦-٣٣٧، و«فتح القدير» ٧/٣٩٨-٣٩٩، والبحر الرائق ٧/٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٧٦.

(٢) «الأم» ٦/٣٠٤-٣٠٥، و«التبیه» ٢٦٩، و«الوجيز» ٢/٢٥٣، و«روضة الطالبين» ٨/٢٣٢-٢٣٣.

(٣) من (ب)، (ج). (٤) في (ب): (خصوصهما).

(٥) «المبسوط» ١٦/١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٣/١٣٥، و«تبیین الحقائق» ٤/٢١٨، و«اللباب» ٤/٦٠.

وقال أبو يوسف رحمته الله^(١): يجوزُ القضاءُ بها؛ لأنها أدت بشرائطها وأركانها وقبلت فلا يؤثرُ هذا الحادث فيها بعد القبولِ اعتبارًا بما لو مات أو غاب.

ولهما: أن بقاء أهلية الشهادة وقت القضاء شرط القضاء؛ لأنها تصيرُ حجةً عند القضاء وقد فاتت فلا يقضى بها، وصارَ كما لو جنَّ^(٢) أو خرسَ أو فسقَ، بخلاف الموت؛ لأنَّ الأهلية تستقرُّ به ولا تبطلُ فإنَّ الشيء بانتهائه يتقررُ، وبخلاف الغيبة بقيام الأهلية مع الغيبة.

قال: (ولا تقبل من العبد).

لأنَّ الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية للعبد على نفسه فبالأولى أن لا تثبت له ولاية على غيره^(٣).

قال: (ولا من الأصل لفرعه وبالعكس).

لا تقبلُ شهادةُ الوالدِ لولده وولدِ ولده وإن سفلَ، ولا شهادةُ الولدِ لوالده وجده وإن علا^(٤)، والأصلُ فيه قوله رحمته الله: «لا تقبل شهادةُ الولدِ لوالده»^(٥) ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته،

(١) «اللباب» ٦٠/٤، و«الهداية» ١٣٥/٣، و«المبسوط» ١٦/١٢٩/١٣٠، و«تبيين الحقائق» ٢١٨/٤.

(٢) في الأصل: (جنن).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٣٥-٣٣٦/٣، و«المبسوط» ١٦/١٢٤-١٣٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤٧٧/٥، و«اللباب» ٦٠/٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«الهداية» ١٣٦/٣، و«الاختيار» ٤١٩/٢، و«البحر الرائق» ٨٠/٧.

(٥) سقط من (ب).

ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الأجير لمن أستاجره»^(١).

ولأنَّ المنافع متصلةٌ بينَ الأولادِ والآباءِ. ألا ترى أنه لا يجوزُ دفعُ الزكاةِ إليهم، فتكون شهادةٌ لنفسه من وجهٍ، ولأنَّ في هذه الشهادةِ تهمةٌ فلا تقبلُ، والمراد بالأجير في الحديث -على ما قيل- هو التلميذُ الذي يَعدُّ ضررَ أستاذه (ضرراً له)^(٢) ونفعه نفعاً له وقيل: الأجير مسانهُةٌ أو مشاهرةٌ^(٣)؛ لأنه (يستوجبُ الأجير)^{(٤)(٥)} بمنافعه عند أداءِ الشهادةِ فصير كالمستأجرِ عليها^(٦).

قال: (ولا من المولى لعبده ومكاتبه).

أمَّا العبدُ فلأنَّ شهادةَ المولى له شهادةٌ لنفسه من كلِّ وجهٍ إذا لم يكن عليه دينٌ، وإن كان عليه دينٌ فهو شهادةٌ لنفسه من وجهٍ؛ لأنَّ الحال^(٧) موقوفٌ مراعى، وأمَّا المكاتبُ فلأنَّ شهادتهُ له شهادةٌ لنفسه من وجهٍ^(٨).

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ١٠٧/٤: غريب لكن رواه عبد الرزاق ٣٤٤/٨، وابن أبي شيبة ٥٣٢/٤ عن شريح وإبراهيم وغيرهما.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) مسانهُة: عامله بالسنة، و«القاموس المحيط» ص ١٢٣ مادة سنة.

(٤) في (ب): (لا يستوجب الأجر).

(٥) في (ب) و(ج): (الأجر).

(٦) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«الهداية» ١٣٦/٣، و«الاختيار» ٤١٩/٢، و«البحر الرائق» ٨٠/٧.

(٧) في (ب): (المال).

(٨) «حاشية ابن عابدين» ٤٧٨/٥، و«فتاوى قاضيخان» ٢٤٩/٥، و«درر الحكام» ٣٧٩/٢، و«اللباب» ٦١/٤.

قال: (ولا من الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما).

لما ذكرنا آنفاً، وإنما قيّد ذلك بما (هو من شركتهما)؛ لأنّ شهادته له فيما عدا ذلك مقبولة لانتفاء التهمة^(١).

قال: (ونردها من أحد الزوجين للآخر).

شهادة أحد الزوجين^(٢) للآخر لا تقبل.

وقال الشافعي رحمه الله^(٣): تقبل؛ لأنّ الأملأ بينهما متميزة والأيدي متحيزة^(٤) ولهذا يجري القصاصُ بينهما والحبسُ بالدين، وما يجري بينهما من النفع العائد إلى الشاهد لا اعتبار به في ردّ الشهادة؛ لأنه ثابتٌ ضمناً لا قصداً، فصار كالغريم يشهد لمديونه المفلس.

ولنا^(٥): ما روينا؛ ولأنّ اتصال المنافع بينهما عادة مما يوجب^(٦) إلحاقها بشهادة جرّت نفعاً^(٧) فلا تقبل بخلاف شهادة الغريم؛ لأنّه لا يد له على المشهود به.

(١) «الهداية» ٣/١٣٦، و«الاختيار» ٢/٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/٨٢، و«تبين الحقائق» ٤/٢٢٠.

(٢) سقط من (ب).

(٣) «الأم» ٦/٣١٠، و«التنبيه» ٢٧٠، و«الوجيز» ٢/٢٥٠-٢٥١، و«روضة الطالبين» ٨/٢١٣، و«غاية البيان» ٣٢٩.

(٤) في (ب): (متحدة، وفي هامش الأصل: (مختلفة).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٤٣-٣٤٤، و«المبسوط» ١٦/١٢٢-١٢٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٧٧، و«إشعار الإنصاف» ٦٧٧-٦٨٠، و«اللباب» ٤/٦٠.

(٦) في (ب): (أوجبت).

(٧) في (أ): (مغنى).

قال: (وتقبل من الأخ لأخيه وعمه).

لعدم التهمة فلأن^(١) الأملاك بينهم والمنافع متباينة، ولا أنبساط لبعضهم في مال بعض^(٢).

قال: (وترد من مخنث).

يريد به المخنث في الرديء من الأفعال / ١٥٦ب/ لكونه فاسقًا، فأما الذي في الفاظه لين وفي أعضائه تكسر فذاك مقبول الشهادة^(٣).

قال: (ونائحة ومغنية).

لارتكابهما المحرم، فإنه ﷺ نهى عن الصوتين الأحمقين: النائحة والمغنية^{(٤)(٥)}.

قال: (ومدمن الشرب على اللهو).

لأنه مرتكب محرم دينه^(٦).

(١) في (ب): (فأن).

(٢) «الهداية» ١٣٦/٣، و«الاختيار» ٤٢٠/٢، و«البحر الرائق» ٩٢/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٢٤٩/٥.

(٣) «المبسوط» ١٣١/١٦، و«فتح القدير» ٤٠٨/٧، و«درر الحكام» ٣٧٩/٢، و«اللباب» ٦١/٤.

(٤) «تبين الحقائق» ٢٢١/٤، و«البحر الرائق» ٨٥/٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤٧٩/٥، و«درر الحكام» ٣٨٠/٢.

(٥) أخرجه الترمذي في الجناز، ورواه الحاكم في المستدرك في فضائل مارية القبطية.

(٦) «الهداية» ١٣٧/٣، و«الاختيار» ٤٢٠/٢، و«تبين الحقائق» ٢٢١/٤، و«اللباب» ٦١/٤.

قال: (واللاعبُ بالطيور).

لأنَّ اللعبَ بها مما يؤثرُ في اللاعبِ غفلةً، والمغفلُ ليس بأهلٍ للشهادة؛ ولأنَّه ربما كان (سببَ الأُطلاع)^(١) على عوراتِ الناسِ فيستلزم ذلك ارتكاب منكرٍ^(٢).

قال: (والمغني للناس).

لأنَّه يجمعهم على كبيرة^(٣).

قال: (ومرتكب ما يوجب الحد).

لظهور فسقه^(٤).

قال: (والذي يدخل الحمام بغير إزار).

لأنَّه أرتكبَ حرامًا بكشفِ عورتهِ^{(٥)(٦)}.

قال: (ويأكل الرِّبَا أو يقامر بالنرد والشطرنج).

لأنَّ كلَّ ذلك من الكبائرِ^(٥)، وقوله: (ويقامر) إشارةٌ إلى نفسِ^(٧) اللعبِ

(١) في (ب): (سببًا للأطلاع).

(٢) «الهداية» ٣/١٣٧، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٢١-٢٢٢، و«البحر الرائق» ٧/٨٧-٨٨، و«اللباب» ٤/٦١.

(٣) «الاختيار» ٢/٤٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٨٢، و«فتح القدير» ٧/٤٠٩، و«اللباب» ٤/٦٢.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«المبسوط» ١٦/١٢٥-١٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٤٨، و«إيثار الإنصاف» ٦٩١-٦٩٣.

(٥) «الهداية» ٣/١٣٧، و«الاختيار» ٢/٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/٩١، و«اللباب» ٤/٦٢.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (ج): (أن).

بالشطرنج ليس بفسقٍ مانع من الشهادة؛ لأنَّ للاجتهاد فيه مساعًا، وقد شرط في الأصل أن يكون آكلُ الرِّبَا مشهورًا بأكله، فإنَّ الإنسانَ قلَّمَا ينجو من البيوعِ الفاسدة وكلها ربا^(١).

قال: (وبفعل ما يستحقّر^(٢) به كالأكلِ والبولِ على الطريق).
لأنه بذلك يصيرُ تاركًا للمروءة، وهذه الأفعالُ إنما تصدر عن^(٣) قليلِ الحياءِ فيصيرُ في شهادته متهمًا في ارتكابِ الكذبِ^(٤).

قال: (ويظهر سبُّ السلف).
لأنه إذا أظهرَ ذلك فقد ظهرَ فسقه بخلاف من يكتمه؛ لأنه فاسقٌ مستورُ الحال^(٥).

قال: (وتقبل من أهل الأهواء إلا الخطائية).
لأنهم فسقةٌ من حيث الاعتقاد؛ لأنَّ الحاملَ له على ذلك إنما هو التدبرُ به، وذلك مانعٌ من ارتكابِ الكذب، وصار كمن شرب المثلث مستبيحًا له، أو يأكل متروك التسمية عمدًا مستبيحًا له بخلاف الفاسقِ الذي^(٦) يتعاطى الأفعالَ الموجبة للفسق، والخطابية وهم المنسوبون إلى أبي

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٩١، و«اللباب» ٤/ ٦٢.

(٢) في (ب): (يشهد).

(٣) في (ب): (من).

(٤) «اللباب» ٤/ ٦٤، و«فتح القدير» ٧/ ٤١٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٩١-٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٨٣.

(٥) «الاختيار» ٢/ ٤٢١، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٣، و«اللباب» ٤/ ٦٣.

(٦) من (ب).

الخطاب الكوفي يرون الشهادة واجبةً لشيعتهم سواء كان صادقاً في دعواه أو كاذباً. وقيل: يشهدون لمن حلف لهم وهؤلاء تردُّ شهادتهم؛ لظهور فسقهم^(١).

قال: (ونقبلها من أهل الذمة فيما بينهم).

شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم مقبولة. وقال مالك^(٢) والشافعي^(٣) رحمهما الله: لا تقبل؛ لأنهم فسقة بأكبر^(٤) أنواع الفسق، قال الله تعالى: ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤]، ولهذا لا تقبل شهادته^(٥) على المسلم، وصار كالمرتد.

ولنا^(٦): أنه ﷺ قبل شهادة النصارى بعضهم على بعض، ولأنّ الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه^(٧)، وقد مرّ أنّ الفسق الاعتقادي غير مانع من قبول الشهادة؛ لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محرم في جميع الأديان بخلاف المرتد لعدم الولاية، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم، لعدم ولايته.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٣٤-٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/١٣٢-١٣٣، و«فتح القدير» ٧/٤١٥-٤١٦، و«اللباب» ٤/٦٣.

(٢) «التفريع» ٢/٢٣٧، و«بداية المجتهد» ٢/٨٢٧، و«التلقين» ٢/٥٣٤، و«عقود الجواهر الثمينة» ٣/١٣٩.

(٣) «الأم» ٦/٣٠٥، و«التنبيه» ٢٧٠، و«روضة الطالبين» ٨/١٩٩، و«الوجيز» ٤٩.

(٤) في (ب): (بأحد).

(٥) في (ب) و(ج): (شهادتهم).

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٤٠-٣٤١، و«مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ٦/١٣٤-١٣٥، و«إيثار الإنصاف» ٦٨١-٦٨٢، و«اللباب» ٤/٦٣.

(٧) في (ج): (نفسه).

عليه، ولأنه بسبب قهر المسلم إياه وإذلاله متقول^(١) عليه بخلاف ملك الكفر حيث إنه لا يقهر بعضهم بعضًا؛ لأن ملة الإسلام هي الظاهرة على الكل القاهرة للجميع^(٢)، فلم يبق لهم عزة يسيطرون^(٣) بها، وشهادة الحربى المستأمن على الذمى مردودة؛ لأن الذمى أعلى حالا منه؛ لأنه من أهل دارنا، وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض عند اتحاد دارهم، فإن اختلفت دورهم كالترك والروم لم تقبل؛ لأن اختلاف الدار يقطع الولاية، ألا ترى أنه يمنع التوارث بخلاف الذمى؛ لأنه من أهل دارنا^(٤).

قال: (وتقبل من العامل والأقلف والخصي وولد الزنا والخثى).

أما العامل للسلطان فشهادته مقبولة؛ لأن نفس العمل ليس بفسق اللهم إلا إذا كان عوانًا على الظلم، وقيل: إذا كان العامل وجهًا في الناس ذا مروءة ولا يجازف في كلامه تقبل شهادته؛ لأنه من حيث وجاهته لا يقدم على الكذب حفظًا لجاهه^(٥) ومروءته ولمهابته عند الناس لا يستأجر على الشهادة الكاذبة، وهو من الزوائد.

(١) في (ب): (سلوك).

(٢) في (ب): (على الجميع).

(٣) في (ب، ج): (يستظهرون).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٤٠-٣٤١، و«مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط»

٦/١٣٤-١٣٥، و«إيثار الإنصاف» ٦٨١-٦٨٢، و«اللباب» ٦٣/٤.

(٥) في (ب): (لوجاهته).

وَأَمَّا الْأَقْلَفُ لَأَن عِدَالَتَهُ غَيْرُ مُخْتَلَةٍ إِلَّا أَن يَتَرَكَ ذَلِكَ^(١) أَسْتَخْفَافًا
بِالِدِينِ فَحَيْثُ لَا تَقْبَلُ؛ لَزَوَالِ عِدَالَتِهِ.

وَأَمَّا الْخَصِي فَلَأَنَّ عَمَرَ ﷺ قَبْلَ شَهَادَةِ عِلْقَمَةَ وَكَانَ خَصِيًّا وَلَأنَّهُ
مَظْلُومٌ بِقَطْعِ عَضْوٍ مِنْهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَطَعَتْ يَدُهُ.

وَأَمَّا وَلَدُ الزَّنا فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُزْنُوا وَزُرُوا وَزُرُوا بَعْدُ الْبَازِئِرَ﴾ [فاطر: ١٨]. وَفَسُقُ
أَبْوِيهِ لَا يَسْتَلْزِمُ فَسْقَهُ، كَمَا أَن كُفْرَهُمَا وَهُوَ مُسْلِمٌ لَا يُوْثِرُ فِيهِ. وَأَمَّا الْخَنَثِيُّ
فَلَأَنَّهُ إِمَّا رَجُلٌ وَإِمَّا أَمْرَأَةٌ وَكِلَا الْجَنْسَيْنِ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ^(٢).

قال: (ومن غلبت حسناته واجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن
الَمَّ بمعصية).

هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ الْعِدَالَةِ الْمَعْتَبَرَةِ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ، فَإِنِ التَّوْقِي
عَنِ الْكِبَائِرِ كُلِّهَا لَا بَدَأَ مِنْهُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ الْغَالِبُ، فَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةِ
لَا يُوجِبُ نَقْضَ الْعِدَالَةِ وَلَا تَرُدُّ بِهَا الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّ فِي أَعْتَابِ ذَلِكَ حَرْجًا
عَظِيمًا، وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى إِحْيَاءِ الْحَقُوقِ^(٣).

قال: (ولا تسمع على جرح ولا يحكم به).

وَهَذَا لِأَنَّ الْفَسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا تَابَ
أَرْتَفَعَ فَسْقُهُ / ١١٥٧/ وَالْحُكْمُ لِلْإِلْزَامِ وَحَيْثُ لَا يَتَحَقَّقُ الْإِلْزَامُ لَا يَتَجَهَّ
الْحُكْمُ، وَلَأنَّ فِي ذَلِكَ هَتَكَ السِّتْرِ الْوَاجِبِ، اللَّهُمَّ إِلَّا إِذَا شَهِدُوا عَلَى

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٣٨-١٣٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٢،
و«البحر الرائق» ٧/ ٩٦، و«اللباب» ٤/ ٦٤.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٣-٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٥، و«البحر الرائق»
٧/ ٩٦، و«فتح القدير» ٧/ ٤٢٠، و«اللباب» ٤/ ٦٤.

إقرار المدعي بذلك فإن الإقرار مما يدخل تحت الحكم. ولو أقام المدعي عليه بينة أن المدعي أستاذ جرح الشهود لم تقبل بينته؛ لأن هذه البينة ناطقة بمجرد الجرح فلا تسمع، والاستتجار وإن كان أمرًا زائدًا على الجرح إلا أنه لا يمكن إثباته لعدم الخصم في إثباته حتى لو أقام المدعي عليه البينة أن المدعي أستاذ جرحهم بعشرة دراهم ليؤدوا هذه الشهادة، والعشرة دراهم من مالي الذي في يده قبلت الشهادة؛ لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح تبعًا له؛ لأنه تعلق به تمام الحد وهو رد الشهادة، وكذا لو أقامها على أنني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذه الشهادة الباطلة، وقد شهدوا وأنا مطالبهم برد ما صالحتهم عليه من المال، ولهذا قلنا: لو أقامها على أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو كاذب أو شريك المدعي قبلت^(١).

قال: (ولم يقبلوا شهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم قبل التفرق).

إذا شهد الصبيان بعضهم على بعض في الجراح الواقع بينهم لا تقبل مطلقًا.

وقال مالك رحمته الله^(٢): تقبل قبل تفرقهم؛ لأنه لولا قبولها وليس بحضرتهم غيرهم فيفضي إلى تعطيل هذه الحقوق.

(١) «الهداية» ٣/١٣٩-١٤٠، و«تبين الحقائق» ٤/٢٢٧-٢٢٨، و«البحر الرائق» ٧/٩٨-٩٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٨٦-٤٨٧.

(٢) «التفريع» ٢/٢٣٧، و«المعونة» ٣/١٥٢٥، و«بداية المجتهد» ٢/٨٢٦، و«التلقين» ٢/٥٣٩.

ولنا^(١): أن الموجب للقضاء هو البيّنة التي يغلب على ظنّ القاضي صدقها باعتبار أنهم صدقة لا يرتكبون محرّم دينهم وهو الكذب، وشهادة الصبيان لا تفيد غلبة الظنّ بالصدق؛ لعدم حرمة الكذب عليهم فلا يكون قولهم موجباً للحكم.

قال: (وشاهد الزور يشهر وزادا ضربه وحبسه).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢)، في شاهد الزور: أشهره في السوق ولا أعزّه. وقال^(٣)(٤) (يوجع ضرباً ويحبس)^(٥).

قيل: لا خلاف في المسألة؛ لأن قولهما في غير التائب وقوله في التائب: وهو لا يستحق التعزير وهما أجابا في الذي لم يتب وأنه يستحق التعزير؛ لأنه أتى منكراً ليس فيه حدّ مقدّر.

قيل: بل قول أبي حنيفة رحمته الله^(٤): أنه لا يُعزّر أكتفاءً بإشهاره في سوقه أو بين قومه (لما في)^(٦) ذلك تعزير، بل أشد منه عند بعض الناس، وقد روي أن شريحاً كان إذا أخذ شاهد زور بعث به إلى سوقه^(٧) إن كان سوقياً أو إلى قومه وقت اجتماعهم بعد العصر، فنقول: إن شريحاً

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٣٧-٣٣٨، و«المبسوط» ١٦/١٣٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«الهداية» ٣/١٤٦-١٤٧، و«البحر الرائق» ٧/١٢٥-١٢٦، و«اللباب» ٤/٧٠.

(٣) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«المبسوط» ١٦/١٤٥، و«فتح القدير» ٧/٤٧٥-٤٧٧، و«اللباب» ٤/٧٠.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (لأن).

(٧) في (ب): (السوق).

يُقرئكم السلام ويقول: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زور فاحذروه وحذروا الناس منه. وهما أخذًا بما فَعَلَ عمر رضي الله عنه بشاهد الزور، فإنه ضربه وسخّم وجهه؛ ولأنّ ذلك كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد، وليس فيها حدٌ مقدّر فيُعزّر.

وأبو حنيفة رحمته الله ^(١) حَمَلَ فِعْلَ عمر رضي الله عنه على السياسةِ بدليل ما روي أنّه بلغ بضربه أربعين وبدلالة تسخيم الوجه. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمته الله ^(٢) أنّه يشهر مع الضرب والحبس عندهما، والضرب والحبس مقدّر بما يراه القاضي. وذكر في «الجامع الصغير» ^(٣) شاهدان أقرأ أنّهما شهدا بالزور لم يُضربا.

وقال ^(١): يُعزّران.

وفائدة ذلك: أنّ شاهد الزور في حقّ ترتيب هذا الحكم عليه هو المقرّ على نفسه بذلك؛ لأنّه لا طريق إلى إثبات ذلك عليه بالبيّنة؛ لأنّ ذلك نفي للشهادة، والبيّنة موضوعة للإثبات دون النفي ^(١).



(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«المبسوط» ١٦/١٤٥، و«فتح القدير» ٧/٤٧٥-٤٧٧،

و«اللباب» ٧٠/٤.

(٢) «المبسوط» ١٦/١٤٥.

(٣) «الجامع الصغير» ٣٩١.

فصل:

في الاختلاف في الشهادة

قال: (ويجب توافق الشهادة، والدَّعوى).

الشهادة إذا وافقت الدعوى كانت مقبولة، وإن خالفها لم تُقبل؛ لأنَّ ما هو من حقوق العباد فتقدَّم الدعوى على الشهادة شرط فيه، فإذا وافقتها الشهادة فقد وجد الشرط، وإن خالفها لم يوجد؛ لأنَّ الدعوى السابقة غير ما قامت بها^(١) الشهادة فخلت الشهادة عن تقدم الدعوى فلا تُسمع^(٢).

قال: (واتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى شرط، فلو شهد هذا بألف وذاك بألفين والدعوى بالأكثر فهي مردودة وقبلها في الألف).

اتفاق الشاهدين (لفظاً ومعنى)^(٣) شرط عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤) حتى إذا ادَّعى على آخر ألفين وأقام بيَّنة فشهد أحدهما بألفين وشهد الآخر بألف ردت هذه الشهادة عنده.

وقال^(٤): تُسمع على ألف، وعلى هذا المائة والمائتان والطلق والطلقتان، والطلق والثلث.

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٣/١٤٠، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٢٩، و«البحر الرائق» ٧/١٠٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٤٩٢.

(٣) في (ب): (في اللفظ والمعنى).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢-٣٤٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٤٨-٣٤٩، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٣٩، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٨٠، و«فتح القدير» ٧/٤٦٣.

لهما: أنَّهما اتَّفقا على الألفِ والطلقة، واختلفا في الزائدِ فيثبتُ ما وقعَ الاتِّفاقُ عليه دونَ ما وقعَ الاختلافُ فيه، وصار كالألفِ والألفينِ والخمسمائةِ.

وله: أنَّ اختلافَهما لفظًا دليلٌ على اختلافِهما معنى؛ لأنَّ المعنى يستفادُ مِنَ اللفظِ، وهذا لأنَّ الألفَ لا يُعبرُ بها عن الألفينِ، بل هُما جَمَلتانِ متباينَتانِ وَقَدْ حَصَلَ على كُلِّ منِ الجملتينِ شاهدٌ واحدٌ فلم تتمَّ البيِّنة، وصارَ كما لو اختلفَ في^(١) جنسِ المالِ^(٢).

قال: (وهذا بألفٍ وذاك بألفٍ وخمسمائة، والدعوى بالأكثرِ قُبِلَتْ في الألفِ).

إذا ادَّعى على آخر ألفًا وخمسمائة فأقامَ بيِّنةً فشهدَ أحدُ الشاهدينِ بألفٍ والآخرُ بألفٍ وخمسمائة قُبِلَتْ بالألفِ اتِّفاقًا؛ لاتِّفاقِ الشاهدينِ على الألفِ لفظًا ومعنى؛ لأنَّ الألفَ والخمسمائة جملتانِ ١٥٧ب/ عطفت إحداهما على الأخرى، والعطفُ يوجبُ تقريرَ المعطوفِ عليه، ونظيره الطلقة، والطلقة والنصف، والمائة والمائة والخمسون، بخلافِ العشرة والخمسة عشر؛ لعدمِ الحرفِ العاطفِ الَّذي به يتقرَّرُ المعطوفُ عليه فهو نظيرُ الألفِ والألفينِ، وبهذا التقريرِ حَصَلَ جوابُ قياسهما، ولو قال المدعي: لم يكن لي إلَّا الألفُ. فشهادةُ الشاهدِ بألفٍ وخمسمائة باطلة؛ لأنَّ المدعي كذَّبَ في المشهودِ به فلذلك قال: (والدعوى بالأكثرِ) ولو سَكَتَ عن الزائدِ على الألفِ لم تقبلِ الشهادةُ على ألفٍ وخمسمائة؛

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢-٣٤٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٤٨-٣٤٩، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٣٩، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٨٠، و«فتح القدير» ٧/٤٣٦.

لأنَّ تكذيبه ظاهرٌ، اللهمَّ إلَّا أن يقول: كان أصلُ حقي ألفاً وخمسمائة فاستوفيتُ الخمسمائة أو أبرأته عنها. فحينئذٍ تُسمع؛ لحصولِ التوفيقِ بينَ الشهادةِ والدَّعوى^(١).

قال: (ولو شهدا بألفٍ، وقال أحدهما: قضاة نصفها قُبلت في الألف لا في القضاء).

إذا ادَّعى على آخر ألف درهم فأقام بينةً فشهد أحدهما بها وشهد الآخر، ثُمَّ قال: قضاة منها خمسمائة. قُبلت شهادته في الألف ولم تقبل في قوله: قضاة خمسمائة. إلَّا إن شهد معه آخر، وهذا لأنَّهما اتفقا على الألف فلزمت وتفرد أحدهما بالقضاء فلا تسمع، فإذا شهد معه آخرُ تمت البيِّنة على القضاء فتسمع^(٢).

قال: (وينبغي أن يمتنع عنها حتى يقرَّ المدعي بالقبض).
ثُمَّ إنَّ الشاهد إذا عَلِمَ أنه قضاة نصفها ينبغي له أن لا يشهد بالألف حتى يقرَّ المدعي أنه قبضَ خمسمائة؛ كيلا يصير مُعينًا على ظلم المدَّعى عليه بشهادته عليه بألف يعلم أنه قد ادَّعى نصفها^(٣).

(١) «المبسوط» ١٦/١٧٥، و«فتاوى قاضيه خان» ٥/٢٨٠-٢٨١، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٤٠، و«اللباب» ٤/٦٥، و«درر الحكام» ٢/٣٨٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣، و«الهداية» ٣/١٤١، و«البحر الرائق» ٧/١١٣، و«اللباب» ٤/٦٥-٦٦.

(٣) «الهداية» ٣/١٤١، و«الاختيار» ٢/٤١٨، و«تبين الحقائق» ٤/٢٣٢، و«اللباب» ٤/٦٦.

قال: (ولو شهد أحدهما بِنكاحِ بآلفٍ والآخر به بآلفٍ وخمسائةٍ فهي مقبولة بآلفٍ وردّها كالبيع).

إذا شهد أحدُ الشاهدين بالنكاحِ بآلفٍ وشهد الآخرُ بالنكاحِ بآلفٍ وخمسائةٍ، قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): يُحكم بالنكاحِ بآلفٍ. وقالوا^(٢): لا تُقبل هذه الشهادة.

وفي «الأمالي» قولُ أبي يوسف رحمته الله مع أبي حنيفة رحمته الله، لهما أنَّ المشهودَ به عقدان مختلفان، فإنَّ النكاحَ بآلفٍ غير النكاحِ بآلفٍ وخمسائةٍ، ولم يتم نصابُ الشهادة على أحدهما فلا يحكم بشيءٍ كالبيع، فإنَّه إذا شهد أحدهما أنَّه اشترى عبدَ فلانٍ بآلفٍ، وشهد آخرُ أنَّه اشتراه بآلفٍ وخمسائةٍ، فإنَّ الشهادة باطلة؛ لأنَّ المقصود إثباتُ السببِ وهو العقدُ، والعقد^(٣) يختلف باختلاف الثمنِ فاختلف المشهودُ به ولم تتم البيّنة على كلِّ واحدٍ كذلك ههنا، والتنبيه على هذا القياس من الزوائد.

ولأبي حنيفة رحمته الله^(٣): أنَّ المالَ أمرٌ تابعٌ في بابِ النكاحِ، والأصلُ فيه الحلُّ والملْكُ والازدواجُ. وهما متفقان على ما هو الأصلُ فيثبت، ثم يحكم بالأقلِّ؛ لوقوع الاختلافِ فيما هو تابعٌ، وقد اتَّفقا على الأقلِّ وتستوي دعوى أقلِّ المالين، وأكثرهما هو الصحيح بخلافِ البيع؛ لأنَّ

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٨١-٢٨٢، و«الهداية» ١٤٢/٣-١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٣٤-٢٣٦.

(٢) في (ج): (والعبد).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٨١-٢٨٢، و«الهداية» ١٤٢/٣-١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٣٤-٢٣٥.

الثمن فيه مقصودٌ. ألا ترى أنه لا يصحُّ البيعُ بدونَ تسميةٍ ويصحُّ النكاحُ بغير تسميةٍ مهرٍ، ثمَّ قيل: هذا الاختلافُ فيما إذا كانتِ المرأةُ هي المدعيةُ.

وأما إذا كان الزوجُ هو المدعي فالإجماعُ^(١) على أنه لا تقبل، لأنَّ مقصودَها^(٢) قد يكون المألُّ، ومقصودُه (ليس إلَّا العقدُ)^(٣)، وقيل: بَلْ الخلافُ في الفصلين. وهذا أصحُّ وعلى هذا بنى الإطلاقُ في الكتاب ولم يعين المدعي^{(٤)(١)}.

قال: (وإذا شهدت بيّنة بقتله زيدًا يوم النحر بمكة، وأخرى به يوم النحر بالكوفة لم تقبلا، فإن حكمَ بالسابقة لغت الأخرى).

أما الأولُ فلأنَّ إحدى البيّنتين كاذبةٌ بيقينٍ لحصولِ التناقضِ الصريحِ، ولا مرجح لأحدهما على الأخرى.

وأما الثاني فلأنَّه إذا سبقت إحدى البيّنتين فحكمَ الحاكمُ بها، ثم حضرت الأخرى فشهدت بما ناقضَ الأولى لم يسمع من^(٥) الثانية، والحكمُ بالأولى ماضٍ لترجيحِ البيّنة الأولى على الآخرة باتصالِ القضاءِ بها فلا تنقض^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«الهداية» ٣/١٤٢-١٤٣، و«مختصر قاضيخان» ٢٨١-٢٨٢، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٣٤-٢٣٥.

(٢) في (ب): (المقصود). (٣) في (ب)، (ج): (ليس العقد).

(٤) في (ب): (الدعوى). (٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ١٦/١٧٢، و«البحر الرائق» ٧/١١٤، و«فتح القدير» ٧/٤٤٣، و«اللباب» ٤/٦٦.

قال: (ولو أقام ذو اليد بينة على بيع داره من فلان بألف في رمضان، وفلان أنه أرتهنها منه بخمسمائة في شوال رجح الرهن وهما البيع).

رجلٌ ادَّعى أنه باع داره التي في يده من فلان بألف درهم في شهر رمضان، وأقام على ذلك بينة، فادَّعى فلان أنه أرتهن منه هذه الدار بخمسمائة في شوال.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله^(١): يُمضى البيع في رمضان، ويقضى لذي اليد على فلان بخمسمائة درهم وتجعل الخمسمائة التي أقام فلان البيّنة على أنه (أدانها ذا اليد)^(٢) وأخذ الدار منه (رهنًا عليها)^(٣) قضاءً لنصف الألف الواجبة عليه ثمنًا.

وقال محمد ﷺ: (بيّنة الرهن)^(٤) أولى؛ لأنّ الرهن في شوال ينقض دعوى ذي اليد البيع في رمضان؛ لأنّ فلانًا أثبت بيّنته إقرارَ البائع بالرهن في شوال، فكان كالثابت عيانًا، ولو أقرّ بذلك صريحًا لم يصح منه دعوى البيع في رمضان لموضع التناقض فكذا ههنا.

ولهما: أنّ البيع أقوى من الرهن لأنّ البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجبه، وقد تعدّر العمل بالبينتين فترجّح الأقوى وهو البيع، وكما أنّ المرتهن أثبت بيّنته إقرارَ البائع^(٥) في شوال بالرهن،

(١) «المبسوط» ١٦/١٦٢-١٦٣.

(٢) في (ج): (ارتهنها ذو اليد).

(٣) في (ب): (رضًا عليهما).

(٤) في (ب): (بيّنته على الرهن).

(٥) في (ب): (الراهن)، وفي (ج): (المريض).

فكذلك البائع أثبت بينته إقرارَ المشتري بالشراء منه في رمضان /١١٥٨/
وذلك يمنعُه من دعوى الرهنِ في شوال فتعارضًا فرجَّحنا أقوى
الحجتين^(١).

قال: (ولو شهدا برهنٍ وقبضٍ، واختلفا في المكانِ أو الزمانِ
أبطلها).

إذا شهدا بالرهنِ والقبضِ المعايين، واختلفا في المكانِ أو في الزمانِ
أو في الزمانِ أو فيهما قبلَ شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
أستحسنًا.

وقال محمد ﷺ وهو القياسُ: لا تقبلُ شهادتهما؛ لأنَّ القبضَ فعلٌ
فالاختلافُ في زمانه أو مكانه مانعٌ من قبولِ الشهادة به كما في الغصبِ
والقتلِ؛ لأنَّ المشهودَ به عند اختلافهما في الزمانِ أو المكانِ مختلفٌ،
إذ الفعلُ الموجودُ بهذا المكانِ غيرُ موجودٍ بذلك المكانِ الآخر.

ولهما: أنَّ القبضَ بحكمِ الرهنِ قد يتكررُ، فإنَّ الراهنَ لو أعادَ الرهنَ
إلى يده بغيرِ إذنِ المرتهنِ أو استعارَهُ من المرتهنِ ثم أعادهُ إلى يده، فإنَّ هذا
القبضُ الثاني هو القبضُ الأولُ حكمًا حتى أنَّه يكونُ مضمونًا بقيمته عند
القبضِ الأولِ، وإذا ثبتَ أنَّه يتكررُ التحقُّ هذا الفعلُ بالقولِ فلا يختلفُ
المشهودُ به باختلافهما في المكانِ أو الزمانِ أو فيهما بخلاف الغصبِ
والقتلِ، وصار كما إذا شهدا بالرهنِ، وإقرارِ الراهنِ بالقبضِ، وعلى
هذا الخلافِ الهبة والقبضُ والصدقة والقبضُ.

(١) «المبسوط» ١٦/١٧٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٢٨٧.

قال: (وأجزناها معه في البيع).

أي: أجزنا الشهادة مع الاختلاف بين الشاهدين في وقت البيع أو مكانه، ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما. وقال زفر رحمته الله^(١): يمنع لأنهما يبعان لم يتم نصاب الشهادة على أحدهما.

ولنا^(٢): أن البيع قول، والقول يتكرر، فكان الثاني دالاً على ما دل عليه الأول، ونصاب الشهادة كامل على ما دل عليه القولان فيقبل.

قال: (ولو شهد موليا أمة على طلاق زوجها وهي تجحد يقبلها وردّها).

قال أبو يوسف رحمته الله: إذا كانت أمة بين رجلين ولها زوج فشهدا أن زوجها طلقها وهي تجحد طلاقه تُقبل شهادتهما؛ لأنها شهادة عليها لا لها. وقال محمد رحمته الله: لا تقبل؛ لأن في الشهادة بطلاقه عليها^(٣) تخليصها من حبال الزوج، فكانت الشهادة لها من هذا الوجه.

قال: (ولو أشتري ذمي داراً من مسلم فادّعاها ذمي أو مسلم بشهادة ذمين يقبلها في حقه وردّها).

ذمي أشتري من مسلم داراً ثم ادّعاها مسلم أو ذمي فأقام شاهدين ذمين لا تقبل عندهما^(٤) مطلقاً^(٣).

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٥٣، و«المبسوط» ١٦/١٧٤، و«فتاوى قاضيخان» ٢٨٧-٢٨٨.

(٢) «المبسوط» ١٦/١٧٦-١٧٧.

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/١٣٤-١٣٦، و«الهداية» ٣/١٣٧-١٣٨، و«اللباب» ٤/٦٣.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): تقبلُ في حقِّ الذميِّ دون المسلم؛ لأنهما يصلحان شاهدين على الذميِّ فيقضي^(٢) بالاستحقاق دون رجوعه بالثمن؛ لأنَّ القضاء (بالاستحقاق للمدعي)^(٣) لا يكونُ قضاءً للمدعي عليه وهو المشتري بالرجوع بالثمن على البائع.

ألا ترى أنا نشترطُ أن يقولَ القاضي: حكمت بالاستحقاق لهذا المدعي، وفسختُ العقدَ الذي جرى بين المدَّعي عليه وبين بائعه وحكمتُ له بالرجوع عليه، ولو كان الحكمُ بالاستحقاق حكماً بالرجوع لما احتاج القاضي إلى التصريح بذلك وهذا لأنَّ البيِّنة قامت على كافرٍ ومسلم فتقبلُ في حقِّ الكافرِ دون المسلم، كشهادة ذميين بدَّين في تركة كافر خلف أثنين (أسلم أحدهما)^(٤) فإنها تقبلُ على الكافرِ دون المسلم.

ولهما: أنَّ البيِّنة قامت على المسلم؛ (لأنها أظهرت أنَّ المسلم باع ما لا يملكه والمشتري ههنا كالوكيل عنه في الخصومة، وشهادةُ الذميِّ لا تُقبلُ على المسلم)^(٥)، والبيِّنة فيما استشهد به^(٦) قامت على الميت وهو كافرٌ، والقضاء متوجهٌ عليه لكنه لا يقضي على المسلم؛ لأنها ليست بحجة في حقِّه بمنزلة إقرار أحدهما بالدين فإنه لا يلزم الآخر؛ لأنَّه ليس بحجة في حقِّه^(١).

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/١٣٤-١٣٦، و«الهداية» ٣/١٣٧-

١٣٨، و«اللباب» ٤/٦٣.

(٢) في (ب)، (ج): (فيقضي).

(٣) في (ب): (باستحقاق المدعي).

(٤) في (ب): (أحدهما مسلم).

(٥) ساقطة من (ج).

(٦) من (ب).

فصل:

في الشهادة على الشهادة

قال: (وتجوزُ الشهادةُ على الشهادةِ فيما لا يسقطُ بالشبهة).

الشهادةُ على الشهادةِ جائزةٌ في كلِّ حقٍّ لا يندريُّ بالشبهة، وهذا استِحسانٌ؛ لمساسِ الحاجةِ إليها، (فإنَّ شاهدَ)^(١) الأصلِ قد يعرضُ له ما يعجزُ بسببه عن أداءِ الشهادةِ، فلولا^(٢) جوازُ الشهادةِ على شهادتهِ أفضى إلى إتواءِ الحقوق؛ ولهذا جازتِ الشهادةُ على الشهادةِ وإنْ كُثرت وتعدّدت، لكن من حيثُ إنّ فيها شبهةً البدلية لم يجر فيما يندريُّ بالشبهاتِ كالحدودِ والقصاصِ^(٣).

قال: (ولا يجوزُ من واحدٍ على واحدٍ، ونجيزها من اثنين (على اثنين)^(٤)).

وقال الشافعي رحمه الله^(٥): يشهدُ على شهادة كلِّ من الأصلين شاهدان، فيكونُ شهودُ الفرعِ أربعةً؛ لأنَّ كلَّ شاهدين قائمان مقامَ واحدٍ فصَّارَ كالمرأتين.

(١) في (ب)، (ج): (فإنَّ شهد).

(٢) في (ب): (فلو لم يكن).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤٤، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٣-٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٧-٢٣٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٠.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) «الأم» ٦/ ٢٣٢، و«التنبيه» ٢٧٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٧-٢٥٨، و«روضة الطالبين»

ولنا^(١): قولُ عليٍّ عليه السلام: لا تجوز (شهادة رجلٍ)^(٢) على شهادة رجلٍ إلا شهادة رجلين، ولأنَّ الرجلين نقلاً شهادة الأصل وهو من الحقوق وقد تمَّ على هذا الحقُّ نصابُ الشهادة، ثُمَّ شَهِدَ لحق آخر وهو نقلُ شهادة الآخر، وإنَّما لا تقبل شهادة واحدٍ على واحدٍ لما روينا؛ ولأنَّه حقٌّ من الحقوق فلا بدُّ من كمالِ نصابِ الشهادة عليه^(٣).

قال: (ويقولُ (الأصليُّ))^(٤): أشهد / ١٥٨ب/ على شهادتي أنني أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَّ عندي بكذا، وأشهدني على نفسه، والفرعيُّ عند الأداء: أشهدُ أنَّ فلاناً أشهدني على شهادته أنَّ فلاناً أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: أشهد على شهادتي بذلك).

أما الأولُ وهو كَيْفِيَّةُ شهادة الأصل، فلأنَّ شاهدَ الفرع كالثابت عن شاهدِ الأصل فلا بدُّ من التحميل والتوكيل، فلا بدُّ أن يشهدَ كما شَهِدَ عند القاضي لتنتقل شهادته إلى مجلسِ القضاء، وقوله: (فأشهدني على نفسه) ليس من اللوازم، فإنَّ السَّامِعَ إقرارَ غيره يحلُّ له أن يشهدَ وإن لم يشهده على نفسه.

(١) «المبسوط» ١٦/١٣٧، و«اللباب» ٤/٦٨، و«فتح القدير» ٧/٤٦٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٠.

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ١٦/١٣٧، و«فتح القدير» ٧/٤٦٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٠، و«اللباب» ٤/٦٨.

(٤) في (ب)، (ج): (الأصل).

وأما الثاني وهو كيفية شهادة الفرع عند الأداء فلأن عليه أن يشهد بشهادة الأصل، وبذكر التحمل. فافتقر الحال إلى ذكر الثلاثة، وهذا اللفظ المذكور في الكتاب هو الوسط من الألفاظ^(١).

قال: (ولا تقبل من الفروع إلا لتعذر حضور الأصول مجلس الحكم^(٢) بموت أو سفر أو مرض).

شهادة شهود الفروع موقوفة على تعذر حضور شهود الأصل إلى مجلس الحكم^(٣) بسبب موتهم أو بسبب غيبتهم مسيرة السفر وهي ثلاثة أيام فصاعداً، أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحكم، وقد أشار إلى ذلك بقوله: (لتعذر حضور الأصول) فإن المرض الذي لا يتعذر معه الحضور لا يكون عذراً؛ وهذا لأن جواز هذه الشهادة للحاجة، وإنما تكون الحاجة ماسة إليها عند تعذر الأصول وعجزهم^(٤) عن أداء الشهادة وبهذه الأسباب تبين العجز، ولهذا اعتبرنا مدة السفر؛ لأن البعد هنا مناط العجز، ولما علّق الشرع على تلك المسافة أحكاماً لبعدها علّق هذا الحكم أيضاً.

وروي عن أبي يوسف رحمته الله^(٥) أنه إن كان في مكان إذا أنطلق لأداء الشهادة لا يستطيع البيتوتة في منزله صحّ الإشهاد إحياء للحقوق، وهذه

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٥/٥-٢٩٦، و«الهداية» ١٤٤/٣-١٤٥، و«الاختيار» ٤٢٤/٢.

(٢) في (ب): (القاضي).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) في (ب): (وغيرهم).

(٥) «الهداية» ١٤٥/٣، و«تبيين الحقائق» ٢٤٠/٤، و«البحر الرائق» ١٢١/٧، و«اللباب» ٦٩/٤-٧٠.

الرواية أرفق^(١)، وبهذا أخذ الفقيه أبو الليث رحمته الله^(٢).

قال: (ويجوزُ تعديلُ الفروعِ الأصولِ، ونجيزُ سكوتهم وينظرُ الحاكمُ في حالهم، وأوجبَه).

إذا عدَّلَ الفروعُ الأصولَ جازَ تعديلُهم؛ لأنَّهم من أهلِ التزكية فتصحُّ تزكيتُهم، ولا فرقَ بين تزكيتهم وتزكية غيرهم، فقصارى الأمر أن في ذلك منفعةٌ راجعةٌ إليه من جهةِ القضاءِ بشهادته، إلَّا أنَّ العدلَ لا يَتَّهمُ بمثلِ ذلك، ألا ترى أنه لا يَتَّهمُ في شهادةٍ نفسه مع أنَّ ذلك موجودٌ في تركِ فسقه وصلاحيه وعدالته، وكذلك لو شَهِدَ الشاهدان عند الحاكمِ بحقَّ يعدلُ أحدهما صاحبه جاز، وإن كان في ذلك تصحيحُ شهادته كذلك هذا، وإن سكتوا عن تعديلهم تجوزُ شهادتهم عند أبي يوسف رحمته الله، وعلى الحاكمِ النَّظرُ في حالهم.

وقال محمدٌ رحمته الله^(٣): لا تقبلُ الشهادةُ إذا لم يعدلوه.

لأبي يوسف رحمته الله^(٢) أنَّ شهودَ الفرعِ يلزمهم نقلُ الشهادةِ دونَ تعديلِ الشهودِ؛ لأنَّه قد يخفى عليهم فوجبَ الرجوعُ في ذلك إلى القاضي، كما يُرجعُ إليه في تعديلِ شهودِ الفرعِ؛ ولأنَّهم لما نقلوا قولَ الأصولِ فكأنَّهم حضروا بأنفسهم وشهدوا فسألَ القاضي عنهم.

ولمحمدٍ رحمته الله^(٣): أنَّ نقلَهم الشهادةَ متوقَّفٌ على علمهم بأنها شهادةٌ، ولا شهادةٌ إلَّا بالعدالةِ، فإذا لم يعرفوا العدالةَ لم يعرفوا الشهادةَ، لا يصحُّ

(١) في (ب)، (ج): (أوفق).

(٢) «الهداية» ١٤٥/٣، و«البحر الرائق» ١٢١/٧.

(٣) «مختصر قاضيان» ٢٩٦-٢٩٧/٥، و«اللباب» ٧٠/٤، و«فتح القدير» ٤٦٩/٧-

٤٧٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥٠١/٥.

نقلُهم لها كما لو شهدوا على مَنْ لا يعرفون عقله، وإثباتُ خلافِهما من الزوائد.

قال: (وإن أنكر الأصولُ شهادَتَهُم رُدَّت من الفروع).

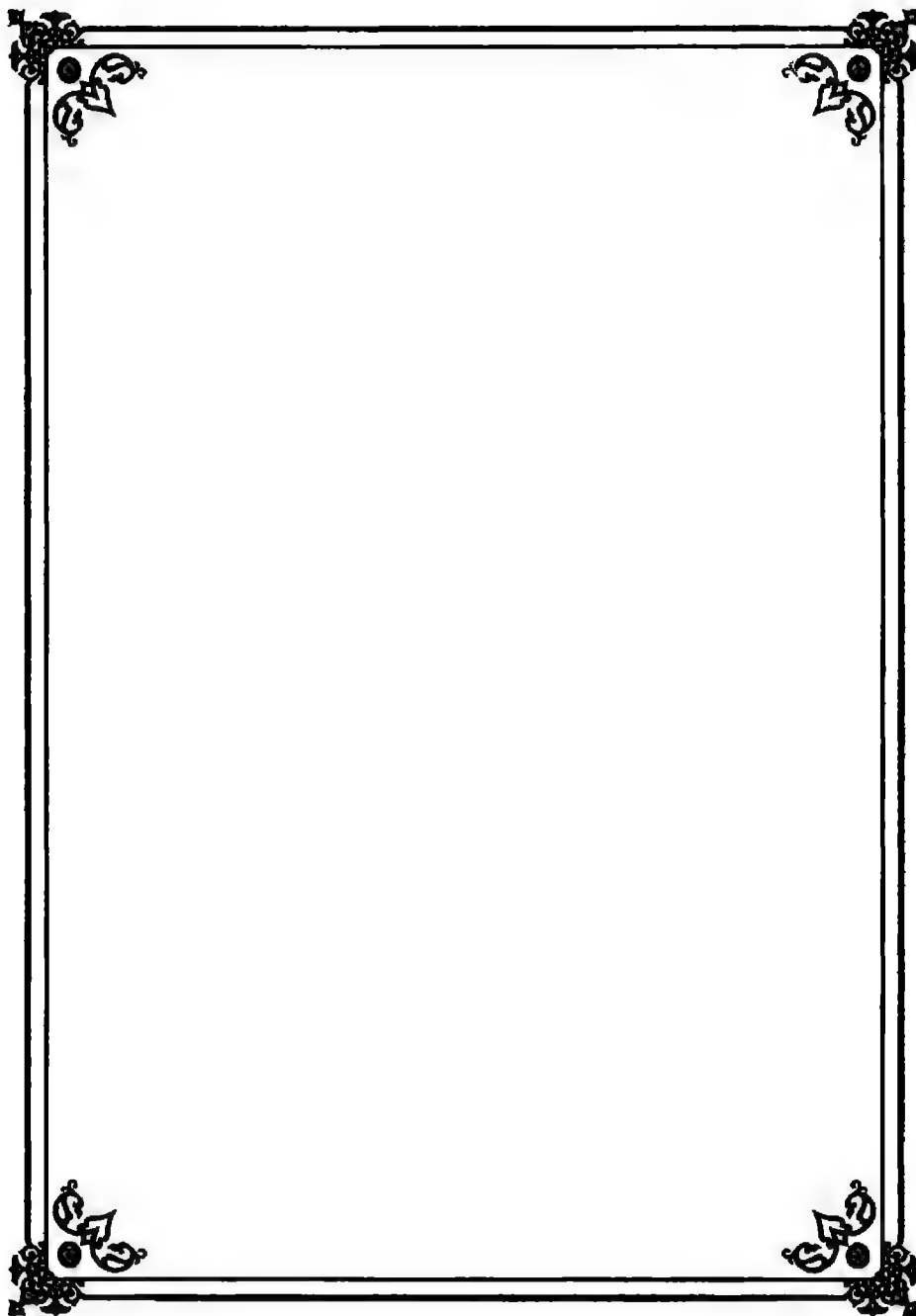
وذلك لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا تصحُّ شهادةُ الفروعِ إِلَّا أن يقولوا: أَشْهَدُوا عَلَى شَهَادَتِنَا، فإذا أنكروا أَضَلَّ الشَّهَادَةُ تَضَمَّنَ إنْكَارُهُمْ عَدَمَ الإِذْنِ فِي الشَّهَادَةِ، فلا تقبلُ شهادَتَهُم مع فواتِ شيءٍ من لوازمِهَا. (والله أعلم) ^(١)(٢).



(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ١٤٥/٣، و«الاختيار» ٤٢٥/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٤٠-٢٤١/٤، و«البحر الرائق» ١٢٣/٧.

كتاب الرجوع عن الشهادات



كتاب الرجوع عن الشهادات^{(١)(٢)}

قال: (ولا يصحُّ إلَّا في مجلسِ القضاء).

لا يصحُّ الرجوعُ عن الشهادةِ إلَّا في مجلسِ القضاء؛ لأنَّ الرجوعَ فسخُّ للشهادةِ فأجري مجرى الشهادةِ في اختصاصِها بمجلسِ الحكم، وإنَّما قال: بمجلسِ القضاء؛ لأنَّ الرجوعَ في مجلسِ (القاضي)^(٣) الذي وقعتِ الشهادةُ عنده ليس بشرط بل في حضرة قاضٍ أي قاضٍ كان، فعلى هذا إذا ادَّعى المشهودُّ عليه أنَّ الشهودَ قد رجعوا عن شهادتهم عليه، وأرادَ تحليفهم لا يسوغُ له ذلك ولا تُقبل بينته أيضًا عليهم؛ لأنَّ دعواه التي تترتبُ عليها اليئنة أو الاستحلاف غيرُ صحيحةٍ حيثُ ادَّعى على الشهودِ رجوعًا باطلاً وهو وقوعه في غيرِ مجلسِ قاضٍ، ولو أقام اليئنة أنَّهم رجعوا عند قاضي كذا وأنه ضَمَّنهم المالَ تقبل اليئنة؛ لأنَّ السببَ صحيحٌ^(٤).

قال: (وتسقط^(٥) قبلَ الحكمِ بها).

إذا رجعوا عن شهادتهم ولم يكن القاضي حَكَمَ بها سقطت؛ لأنَّ الشهادةَ لا يتعلقُ بها حكمٌ ما لم ينضم إليها حكمُ القاضي، فإذا لم يتصل بها الحكمُ التحق وجودُها بعدمها؛ ولأنَّ كلامَ الشهودِ الأولَ

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر، لأن الشهادة المرجوع عنها شهادة في الإبتداء،

ثم الرجوع عنها نقضها.

(٢) العنوان ساقط من (ب).

(٣) في (ب)، (ج): (القضاء).

(٤) «المبسوط» ١٦/١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٣/١٤٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥/٣٠٢-

٣٠٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٤.

(٥) في (ب): (ولا تتعلق).

عارضه الكلام الثاني مناقضاً^(١) والقاضي لا يبني الحكم على كلام متناقض^(٢).

قال: (وبعده لا يفسخ الحكم، ويضمنون ما أتلّفوه بشهادتهم).
أما الأول فلأنّ الحكم أتصل بالشهادة، وآخر كلامهم يناقض أوله فلا ينتقض الحكم به، ولأنّ الكلام الثاني مثل الأول في استواء الصدق والكذب، لكنّ الأول قد رجح باتصال الحكم به، والتنبيه على عدم الفسخ من الزوائد /١٥٩.

وأما الثاني: وهو ضمانهم ما أتلّفوه بشهادتهم؛ لأنّهم أقرّوا على أنفسهم بسبب الضمان وهو تسببهم في الإتلاف على طريق التعدي فلزمهم المأل، أصله حافر البئر وواضع الحجر، ولأنّهم لما رجعوا علمنا أنّ المال سلّم إلى المقضي^(٣) له بغير حق، وتسليم مال الغير إلى الغير بغير حق موجب للضمان. وأجمعوا^(٤) على أنّ القاضي لا يضمن؛ لأنّه كالمُلجأ إلى القضاء، وفي إيجاب الضمان عليه^(٥) صرف الناس عن تقلّد القضاء، وكذلك لا يضمن المحكوم له به^(٦)؛ لأنّ الحكم بذلك ماض فتعين الشهود اعتباراً للتسبب؛ ولأنّهم شهدوا بإزالة ملك متقوم فيضمنون بالرجوع كما لو شهدوا بالعتق، ولا يقال: إنهم لم يوجد منهم

(١) في (ب): (فتناقضا).

(٢) «الاختيار» ٢/٤٢٧، و«فتح القدير» ٧/٤٧٨، و«البحر الرائق» ٧/١٢٨، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٤٣-٢٤٤.

(٣) في (ج): (القاضي).

(٤) في (ب): (وأجمعنا).

(٥) في (ب): (عنه).

(٦) من (ب).

إِلَّا الْقَوْلُ، ومجرد القول في ملك الغير لا يوجب الضمان؛ لأننا نقول يبطل هذا بما إذا شهدوا بالعتق أو بالطلاق ثم رجعوا على أنهم قد أثبتوا بشهادتهم إيجاب الملك للغير فبذلك يتعلق الضمان لا بمجرد القول، ثم ضمان الشهود مختص بما إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً؛ لأن الإلتلاف لا يتحقق بدون قبضه، فإنه لا مماثلة بين قبض ألف والإلزام بالدين^(١).

قال: (فالاثنان كل المال، وأحدهما أو اثنان من ثلاثة أو امرأتان مع رجل نصفه).

إذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به وقبضه المحكوم له^(٢) ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا جميع المال للمشهود عليه؛ لما مر أنهما تسببا في إلتافه على وجه التعدي، وإن رجع أحد الشاهدين ضمن النصف، والأصل الاعتبار بمن بقي لا برجوع من رجع، فلو شهد أربع بحق ثم رجع اثنان لا يلزمهما ضمان؛ لأنه بقي من يقوم ببقائه الحق، وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق، ولو كانوا ثلاثة فرجع واحد لم يضمن؛ لما أنه بقي من يبقى بشهادته^(٣) كل الحق، والاستحقاق باقي ببقاء الحجة، والمال^(٤) المتلف إذا استحق يسقط ضمانه، فبالأولى أن يمتنع وجوبه ههنا، فإذا رجع معه آخر وبقي من الثلاثة واحد ضمن

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ١٦/١٧٨-١٧٩،

و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٤-٥٠٥، و«اللباب» ٤/٧٢.

(٢) في (ب): (به).

(٣) في (ب)، (ج): (شهادتهما).

(٤) من (ب)، (ج).

الراجعانِ نصفَ الحقِّ؛ لأنه بقي من يبقى بشهادتهِ نصفُ الحقِّ، وكذلك إذا شهد رجلٌ وامرأتانِ فرجعتا ضمننا نصفَ الحقِّ، لبقاء من يقومُ به نصفُ الحقِّ^(١).

قال: (أو إحداهما أو تسعُ من عشرِ الربع).

إذا شهد رجلٌ وامرأتانِ فرجعتُ إحدى المرأتينِ ضمنَتِ الربعَ لبقاءِ ثلاثةِ الأرباعِ ببقاءِ من بقي، (وهو الرجلُ والمرأةُ، وإذا شهد رجلٌ وعشرُ نسوةٍ ورجعَ منهن ثمانٍ فلا ضمانٌ عليهن؛ لبقاء من يبقى)^(٢) بشهادتهِ كلُّ الحقِّ، فإن رجعتُ أخرى كان عليهن ربعُ الحقِّ، لبقاء من يبقى بشهادتهِ ثلاثةِ الأرباعِ وهو الرجلُ والمرأةُ^(٣).

قال: (فإن رجَعَ الكلُّ فعليه السدسُ، وقالوا: عليه^(٤) النصفُ وعليهن الباقي).

إذا رجَعَ الرجلُ والعشرُ النسوةَ جميعًا.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٥): على الرجلِ ضمانُ سدسِ المالِ وعلى النسوةِ ضمانُ خمسةِ أسداسيه.

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٣/٥، و«البحر الرائق» ١٢٨/٧-١٢٩، و«اللباب» ٧٣-٧٢/٤.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «الاختيار» ٤٢٧/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٤٦/٤، و«فتح القدير» ٤٨٥/٥، و«اللباب» ٧٣/٤.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٤٧، و«المبسوط» ١٨٧/١٦-١٨٨، و«البحر الرائق» ١٣٢/٧، و«اللباب» ٧٣/٤.

وقالاً^(١): عليه النصف وعليهن النصف؛ لأنهن وإن كثرن يتنزلن منزلة الرجل الواحد، ولهذا لا تقبل شهادتهن ما لم تنضم إليها شهادة الرجل. وله أن شهادة كلّ ثنتين منهن قائم مقام شهادة الرجل، قال عليه السلام في نقصان عقليهن: «عدلت شهادة كلّ اثنتين منهن بشهادة رجل واحد»^(٢) فتنزلن منزلة خمسة رجال فيجب على الرجل السادس وعليهن خمسة الأسداس. ولو رجع العشر النسوة وبقي الرجل كان عليهن نصف الحق إجماعاً اعتباراً ببقاء من بقي وهو الرجل.

قال: (ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا ضمنا خاصة).

هذه المسألة زائدة، والعلّة أنّ المرأة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فالتحق وجودها بعدمها^(٣).

قال: (ولو رجع شاهدا نكاحها بمهرٍ مثلٍ أو أقلّ، أو نكاحه

إياها بمهرٍ مثلٍ لم يضمنا، وضمنا الزيادة، وإذا شهدا

عليها بنكاحٍ بمهرٍ قاصرٍ ثم رجعا لا يضمّنهما النقصان).

إذا شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمهرٍ مثلها ثم رجعا لم يضمنا؛ لأنهما لم يتلغا عليها بشهادتيهما شيئاً، وكذلك لو شهدا بأقلّ من مهر المثل؛ لأنّ خروج البضع من ملك المرأة غير متقوم بدليل أنها لو زوجت نفسها وهي مريضة بأقلّ من مهرٍ مثلها لم يجب لها كمال المهر، ولا يكون

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٧، و«المبسوط» ١٦/١٨٧-١٨٨، و«البحر الرائق» ٧/١٣٢، و«اللباب» ٧٣/٤.

(٢) رواه مسلم (٧٩) وأبو داود (٤٦٧٩) وابن ماجه (٤٠٠٣).

(٣) «الهداية» ٣/١٤٩، و«الاختيار» ٢/٤٢٨، و«تبين الحقائق» ٤/٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/١٣٣.

ذلك بمنزلة ما لو باع في مرضها شيئاً بأقل من قيمته، وإنما تصير منافع البضع متقومةً بواسطة التملك إبانةً لخطر المحل، وكذلك لو شهدا على رجل بتزويج^(١) امرأة بمهرٍ مثلها ثم رجعا لم يضمننا؛ لأن ذلك إتلافٌ بعوض؛ لأن البضع متقومٌ حالة دخوله في ملك الزوج، والإتلاف بعوض كالإتلاف؛ لأن الضمان مبناه على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض والإتلاف بغير عوض، وإن شهدا بأكثر من مهر المثل، ثم رجعا ضمننا الزيادة على قدر مهر المثل، لأنهما أتلفاها بشهادتهما من غير عوض.

وذكر صاحب «المنظومة»^(٢) في باب أبي يوسف رحمهما الله^(٣) لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا.

وقال محمد^(٣) في الحضر: إذا ادعى نكاحها / ١٥٩ب/ على مائة، وقالت: تزوجني على ألف، ومهرٌ مثلها ذلك، فأقام شاهدين على مائة فقضى بذلك ثم رجعا بعد الدخول ضمننا لها تسعمائة عندهما^{(٣)(٤)}.

وقال أبو يوسف رحمهما الله: (لا يضمنان)^(٥) لها شيئاً؛ لأن الزوجين إذا اختلفا (في المهر)^(٦) فعندهما القول قولها إلى مهرٍ مثلها، فكان يقضي لها بألفٍ لولا هذه الشهادة فهما أتلفا عليها تسعمائة^(٣).

(١) في (ب)، (ج): (بتزوج).

(٢) المنظومة لوجه (٦٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«المبسوط» ١٧/٦-٧، و«الهداية» ٣/١٤٩-١٥٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٦، و«اللباب» ٧٣/٤.

(٤) في (ب)، (ج): (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله).

(٥) في (ب): (لم يضمننا).

(٦) من (ب)، (ج).

وعند أبي يوسف رحمته الله ^(١) القول قول الزوج، فلم يكن منهما على قوله إتلاف شيء عليها.

والمذكور في «المبسوط» ^(٢) و«الهداية» ^(٣) وغيرهما أن الشهود لا يضمنون عندنا ^(٣)، خلافاً للشافعي رحمته الله ^(٤)، فيجوز أن يكون في المسألة اختلاف الرواية، وبعض أصحابنا يرى أن المذكور في «الهداية» ^(٥) هو الصحيح.

قال: (أو بالبيع لمثل القيمة أو أكثر لم يضمن أو بأقل ضمنًا النقصان).

رجلان شهدا على بيع شيء لمثل القيمة أو أكثر من القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً؛ لأنهما لم يتلفا شيئاً؛ لأنهما لم يخرجوا من ملكه شيئاً إلا وقد عوضاه مثله أو أكثر منه، والضمان إنما يجب لأجل الإتلاف، وإن كانا شهدا بالبيع بأقل من القيمة ثم رجعا ضمنًا النقصان؛ لأنهما قد أتلفا عليه جزءاً من المبيع من غير أن يقابله شيء فلزمهما ^(٦) ضمانه ^{(٧)(٨)}.

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«المبسوط» ١٧/٦-٧، و«البحر الرائق» ١٣٣/٧، و«اللباب» ٧٤/٤.

(٢) «المبسوط» ١٧/٧.

(٣) «الهداية» ١٤٩/٣.

(٤) «الأم» ٣١٢/٦، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢٥٨/٢، و«روضة الطالبين» ٢٧٣-٢٧٢/٨.

(٥) «الهداية» ١٤٩/٣-١٥٠. (٦) في الأصل: (فلزمهم).

(٧) في (ج): (نقصانه).

(٨) «المبسوط» ١٩٠/١٦، و«فتح القدير» ٤٨٨-٤٨٩/٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥٠٦-٥٠٧/٥، و«اللباب» ٧٤/٤.

قال: (أو بطلاق قبل الدخول ضمنا نصف المهر أو بعده لم يضمنا).

هاتان مسألتان:

الأولى: رجلان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها وجب عليها^(١) ضمان نصف المهر؛ لأنهما قررا عليه ضمناً يجوز تخلّصه منه، ألا ترى أنه يجوز أن ترتدّ امرأته أو أن يقبل ابن زوجها فيسقط جميع المهر عنه، فلماً شهدا عليه بالطلاق تقرّر ما كان يمكن خلاصه منه (فلزمهما)^(٢). وطريقة أخرى أن الطلاق عندنا^(٣) قبل الدخول يسقط جميع المهر كهلاك المبيع قبل القبض يسقط الثمن، وإنما يجب لها نصف المهر ابتداءً على طريق المتعة، فقد ألزمه الشاهدان ما لم يكن واجباً فصار كأنهم شهدوا عليه بمالٍ ثم رجعوا فيلزمهما^(٤) الضمان^(٥).

المسألة الثانية: إذا شهدا أنه طلق زوجته بعد الدخول لم يضمنا؛ لأن شهادتهما تضمنت خروج البضع من ملكه، ومنافع البضع غير متقومة في الخروج، فلم يتلفوا عليه بشهادتهما شيئاً له قيمة، ولا قررا عليه بشهادتهما ضمناً كان يجوز تخلّصه عنه فلم يلزمهما شيء^(٦).

(١) في (ب)، (ج): (عليهما).

(٢) في (ب)، (ج): (فلزمهم الضمان).

(٣) «المبسوط» ٥/١٧، و«الهداية» ٣/١٥٠، و«البحر الرائق» ٧/١٣٤.

(٤) في (ب): (فلزمهم).

(٥) «المبسوط» ٤/١٧، و«الهداية» ٣/١٥٠، و«البحر الرائق» ٧/١٣٤، و«اللباب»

٧٥/٤.

(٦) «المبسوط» ٤/١٧، و«البحر الرائق» ٧/١٣٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٧،

و«اللباب» ٧٥/٤.

قال: (أو بإعتاقِ ضمنَ القيمة).

إذا شهدا بعثي عبده ثم رجعا ضمنا قيمته؛ لأنهما بشهادتهما أزالا ملكه عن العبد بغير عوض، فقد أتلّفاه عليه فيضمنان قيمته، والولاء للمالك لا لهما؛ لأن العتق لا ينتقل إليهما بالضمنان؛ لأنه لا يقبل الفسخ^(١).

قال: (أو بقصاصٍ بعدَ القتلِ ضمنا الدية ولا نقتص منها).

رجلان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا نقتص منها. وقال الشافعي رحمته الله^(٢): عليهما القصاص إن قالوا: تعمّدنا، وإن رجع ولي القصاص -وهو الذي باشر- فعليه القصاص، والشاهد مع الولي كالممسك مع القاتل أو كالشريك، فيه وجهان في مذهبه، وكذلك المزكي إذا رجع كالممسك مع المباشر فيه^(٣) وجهان أيضا، أحدهما: لا يتعلق به ضمان ولا قصاص؛ لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما أثنى على الشاهد، والحكم إنما يقع بشهادة الشاهد، فكان كالممسك مع القاتل، وأوقفهما لكلام الأكثرين التعلق؛ لأن التزكية تلجئ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل، وفيه وجه ثالث في مذهبه: أنه يتعلق بها الضمان دون القصاص. ووجه قوله في مسألة الكتاب أنهم الجنوا الحاكم بسبب شهادتهم إلى الحكم بالقتل، فإذا قتل أضيف إلى فعلهم فينزلوا منزلة المكره، وهذا أولى؛ لأن الولي يعان والمكره يمنع.

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٨، و«المبسوط» ٩/١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٣/٥-٣٠٤، و«البحر الرائق» ١٣٥/٧.

(٢) «الأم» ٣١٢/٦، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢٥٨-٢٥٩، و«روضة الطالين» ٢٦٨-٢٦٩.

(٣) من (ب).

ولنا^(١): أنهم لم يقتلوا مباشرة ولا تسببًا أيضًا؛ لأنَّ السبَّ ما يفضي إلى الحكم غالبًا وليس كذلك ههنا، بل الظاهرُ عدمُ الإفضاءِ نظرًا إلى أنَّ العفوَّ عن القصاصِ مندوبٌ إليه، وأنَّ المسلمَ يثابرُ على فعلِ المندوباتِ؛ لما له في مقابلها من الثوابِ، وهذا بخلافِ المكروهِ؛ لأنَّ سلبَ الاختيارِ بواسطة الإكراهِ أوجبَ إضافةَ الحكمِ إليه، وههنا تحلُّلُ فعلِ الفاعلِ المختارِ أوجبَ قطعَ النسبةِ فافترقا على أنَّه لا يعرَى هذا المقامُ عن الشبهةِ الدارئةِ للحدِّ فيجب المألُ دونَ القصاصِ. والتنبيهُ على خلافِ الشافعي^(٢) من الزوائد.

قال: (ولو رجَعَ الفروعُ ضمنوا).

لأنَّ الشهادةَ في مجلسِ الحكمِ صدرت منهم فكان التلفُ مضافًا إليهم، والضمنانُ على المتلفِ^(٣).

قال: (أو الأصولُ وأنكروا إشهادَهم لم يضمنوا، وإن قالوا:

غلطنا ضمَّناهم أو الجميعُ ضمنَ الفروعُ وخيَّرَ المشهودُ

عليه في تضمين من شاء).

هذه ثلاثُ مسائل:

الأولى: إذا رجَعَ شهودُ الأصلِ عن شهادتهم، وقالوا: لم نُشهدْ شهودَ

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ١٦/١٧٨، و«الهداية» ١٥٠/٣، و«البحر الرائق» ٧/١٣٧، و«الاختيار» ٢/٤٢٨.

(٢) «الأم» ٦/٣١٢، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢/٢٥٨-٢٥٩، و«روضَةُ الطالبين» ٨/٢٦٨-٢٦٩.

(٣) «المبسوط» ١٧/١٩-٢٠، و«الهداية» ٣/١٥٠، و«الاختيار» ٢/٤٢٨، و«اللباب» ٧٥/٤.

الفرع على شهادتنا. لا ضمان عليهم؛ لأنهم أنكروا سبب وجوب الضمان وهو الإشهاد ولا يبطل ما قضى القاضي بشهادة شهود الفرع؛ لأن إنكارهم خبرٌ محتملٌ، فصار ذلك كرجوع الشاهد / ١١٦٠/ بخلاف ما قيل: القضاء حيث يتعارض الخبران^(١).

الثانية: إذا قالوا أشهدناهم وغلطنا. قال أبو حنيفة^(٢) وأبو يوسف رحمهما الله^(٣): لا ضمان عليهم؛ لأن القضاء قد وقع بشهادة الفروع^(٤) لا بشهادة الأصول إذ القاضي يقضي بما يشاهد من الحجة. وقال محمد رحمته الله^(٥): عليهم الضمان؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فصار كأن الأصول حضروا مجلس الحاكم.

وقوله: (وغلطنا) ليس بمذكور في «المنظومة» وهو مذكور في القدوري^(٤) و«الهداية»^(٥) ولا بد منه لتقع التفرقة بين دعوى الإنكار والغلط.

والثالثة: إذا رجع الأصول والفروع جميعاً، قال أبو حنيفة^(٦) وأبو يوسف^(٦) رحمهما الله: ضمن شهود الفروع خاصة؛ لوقوع القضاء بشهادتهم.

(١) «المبسوط» ١٧/ ٢١، و«فتح القدير» ٧/ ٤٩٤-٤٩٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٨، و«اللباب» ٤/ ٧٤، «البحر الرائق» ٧/ ١٣٨.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٩، و«المبسوط» ١٧/ ٢١، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨، و«تبين الحقائق» ٤/ ٢٥١-٢٥٢.

(٣) في (ب): (الشهود).

(٤) «الكتاب» ٤/ ٧٦.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٥٠.

(٦) «فتح القدير» ٧/ ٤٩٦، و«درر الحكام» ٢/ ٣٩٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٨.

وقال محمد ﷺ^(١): المشهود عليه مخيرٌ بين أن يضمّن شهودَ (الأصلِ وبين أن يضمّن شهودَ)^(٢) الفرع؛ لأنّ القضاء وقع بشهادة الفروع؛ لما ذكروا، وبشهادة الأصول، لما ذكر فيتخير، ولما اختلفت الجهتان ولم يمكن الجمع في الضمان فوجب التخيير^(٣).

قال: (وإن قال الفروع: كذب الأصول أو غلطوا لم يعتبر).
لأنّ القضاء ماضٍ بقولهم فلا يكون قولهم مؤثراً في نقضه بدعواهم الكذب والغلط في شهادة الأصول، ولا ضمان على شاهدي الفروع؛ لعدم الرجوع عنهم^(٣) دعواهم هذه دعوى الرجوع على غيرهم^(٤).
قال: (والمزكون يضمنون بالرجوع).

قال أبو حنيفة ﷺ^(٥): إذا رجّع المزكون عن تركيتهم ضمنوا.
وقال^(٥): لا ضمان عليهم؛ لأنّهم أثنوا على الشهود خيراً فنزلوا منزلة شهود الإحصان.

وله^(٦): أنّ الشهادة لا تصير شهادة إلا بعد تركيتهم، فكانت شهادتهم في معنى علة العلة، أمّا شهود الإحصان فشرط محض، وإثبات الخلاف من الزوائد^(٥).

(١) «فتح القدير» ٤٩٦/٧، و«درر الحكام» ٣٩٤/٢، و«البحر الرائق» ١٣٨/٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥٠٨/٥.

(٢) ساقط من (ب). (٣) في (ب)، (ج): (منهم).

(٤) «الهداية» ١٥١/٣، و«البحر الرائق» ١٣٨/٧، و«تبين الحقائق» ٢٥٢/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥٠٨/٥.

(٥) «الهداية» ١٥١/٣، و«الاختيار» ٤٢٩/٢، و«تبين الحقائق» ٢٥٢/٤، و«اللباب» ٧٦/٤.

(٦) في (ب): (ولنا).

قال: (ويضمن شهودُ اليمينِ لا الشرط برجوعهم).

إذا شهدَ شاهدانِ أنه علّقَ عتقَ عبده بشرطٍ، أو علّقَ طلاقَ امرأته قبل الدخولِ بشرطٍ، وهذا القيدُ وهو قولنا^(١): (قبل الدخولِ) لا بدّ منه؛ لأنّه قد مضى في أولِ هذا البابِ أنهم إذا رجعوا بعدَ الدخولِ لم يضمنوا، (وإنما يضمنون)^(٢) إذا رجعوا عن شهادتهم بالطلاقِ قبل الدخولِ وشهدَ شاهدانِ آخرانِ بأنَّ الشرطَ الذي علّقَ عليه العتقُ أو الطلاقُ وجدَ، وقد نزلَ المعلقُ فيحكم بذلك، ثم رجَعَ الجميعُ فالضمانُ على شهودِ اليمينِ خاصةً؛ لأنَّ اليمينَ هو السببُ، والتلفُ إنما يضافُ إلى من أثبتَ السببَ دون الشرطِ المحضِ، ألا ترى أنَّ القاضيَ إنما يقضي بشهادةِ اليمينِ دون شهادةِ الشرطِ^(٣).

قال: (ولو شهدا على شهادةِ آئنين، وآخرانِ على أربعةٍ بمالٍ ثم رجعوا يضمن الأولين ثلثه والآخرين ثلثيه وجعله نصفين).

قال أبو يوسف رحمته الله^(٣): إذا شهدَ شاهدانِ على شهادةِ شاهدينِ بألفٍ، وشهدَ شاهدانِ على شهادةِ أربعةٍ بذلك الحقَّ وحكمَ بشهادتهم واستوفى المقضى له^(٤) ثم رجعوا فثلثُ الضمانِ على الشاهدينِ عن الأصلينِ وثلثاهُ على الشاهدينِ عن الأربعةِ؛ لأنَّ الحكمَ جرى بشهادةِ الأصولِ،

(١) «المبسوط» ١٧/١٠-١٧، و«الاختيار» ٢/٤٢٩، و«فتح القدير» ٧/٤٩٧-٤٩٨، و«اللباب» ٤/٧٧.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ١٧/١٩-٢٠، و«فتاوى قاضیخان» ٥/٣٠٤.

(٤) في (ب): (عليه).

والفروع نقلوا تلك الشهادة بأمرهم فقاموا مقامهم، وكلُّ فريق قائم مقام أصله فيجب من الضمان على فروع الأربعة ضعف ما يجب منه على فروع الشاهدين.

وقال محمد رحمته الله^(١): يجب نصفه على هذين ونصفه على هذين؛ لأنَّ القضاء وقع بشهادة الفروع الموجودة بين يدي القاضي على ما مرَّ.

قال: (أو اثنان على اثنين وآخران على آخرين ورجع من كل فريق واحدٌ بضمّنهما نصفه لا ثمنين ونصفاً).

اعلم أنَّ المعتبر في الضمان بقاء من بقي لا رجوع من رجع؛ لأنَّ ما وجب ضمانه باعتبار بقاء من بقي أقلُّ منه باعتبار رجوع من رجع فلا يثبت المشكوك فيه، ونحن نذكر فصلين يوضحان هذه المسألة.

الأول: إذا شهد شاهدان على شهادة اثنين بألفٍ وشهد آخران على شهادة واحدٍ بذلك الألف، ثم رجع من كل فريق واحدٍ فإنهما يضمنان ثلاثة أثمان الألف بينهما أثلاثاً، ثمنان على الراجع من الشاهدين على الأصلين وثمان على الراجع من شاهدي الأصل الواحد؛ لأنَّ فرعي الأصلين شهدا بكلِّ الحق؛ لاستغناء شهادتهما به على أن ينضمَّ إليها شيء، وفرعي الأصل الواحد شهدا بنصفه داخلًا في النصفين جميعاً؛ لأنَّ شهادتهما تفتقر إلى شهادة مثلهما أو أصلٍ إلى شهادتهما، وإذا كانا شاهدين بالنصف داخلًا في النصفين كان كلُّ منهما شاهداً بالربع داخلًا في (النصف)^(٢) فبقي الثمن بقاء أحدهما، والنصف بقاء الذي لم يرجع

(١) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ١٧/١٩-٢٠، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٤/٥.

(٢) في (ب) و (ج): (النصفين).

من ذلك الفريق؛ لكون كل منهما شاهداً بنصف الحق، فبقي بقاء من لم يرجع منهما النصف، والراجع من فرعي الأصل (ليكون كل منهما)^(١) (شاهداً) بربع الحق داخلاً في النصفين، فثمنه داخل في النصف الثابت بشهادة الباقي من الفريق الأول / ١٦٠ ب/ وقد بقي ببقائه، والتمن الآخر في النصف الآخر، فكان الباقي (من المال)^(٢) خمسة أثمانه: أربعة أثمان ببقاء الذي لم يرجع من الفريق الأول، وثمان مما وجب برجوع فرعي الأصل داخل في هذا النصف، فلم يظهر أثره، والتمن الآخر في النصف الآخر فظهر أثره، فكان الباقي خمسة أثمان المال، وكان الثابت ثلاثة أثمان المال: ثمان على الراجع من فرعي الأصلين، وثمان على الراجع من فرعي الأصل؛ لأن ذلك مثبت ضعف ما أثبتته هذا، وقد أعترا برجوعهما أنهما مبطلان في ذلك فيضمنان التالف أثلاثاً^(٣).

الفصل الثاني: أن يرجع أحد الشاهدين على شهادة شاهدين لا غير فيجب عليه ضمان ربع المال؛ لأنه بقي من الحجة ما يقوم به ثلاثة أرباع المال؛ لما مر أن كل واحد من فرعي الأصلين شاهد بنصف المال؛ لأنهما يشهدان بكل المال، والفريق الثاني يشبان نصف المال داخلاً في النصفين، وكان ربعه داخلاً في النصف الثابت ببقاء من لم يرجع من فرعي الأصلين فلم يظهر أثره؛ لأنه إثبات الثابت، والربع الآخر في النصف الآخر فظهر أثره، فقد بقي بهم ثلاثة أرباع الحق وفات ربعه فيضمنه الراجع إذا عرف ذلك.

(١) من (ب).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ٢٠ / ١٧.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين بألفٍ وشهد آخران على شهادة آخرين به، ثم رجع من كل فريق واحدٌ ضمنَ الراجعانِ نصفَ المال؛ لأنَّ المالَ ثابتٌ بشهادة الأربعة وقد بقي منهم اثنانِ لو شهدا ابتداءً لم يثبت بشهادتهما شيءٌ فصاروا بمنزلة شهود الزنا، وثُمَّ لو رجع اثنانِ يضمنانِ النصفَ فكذا هذا.

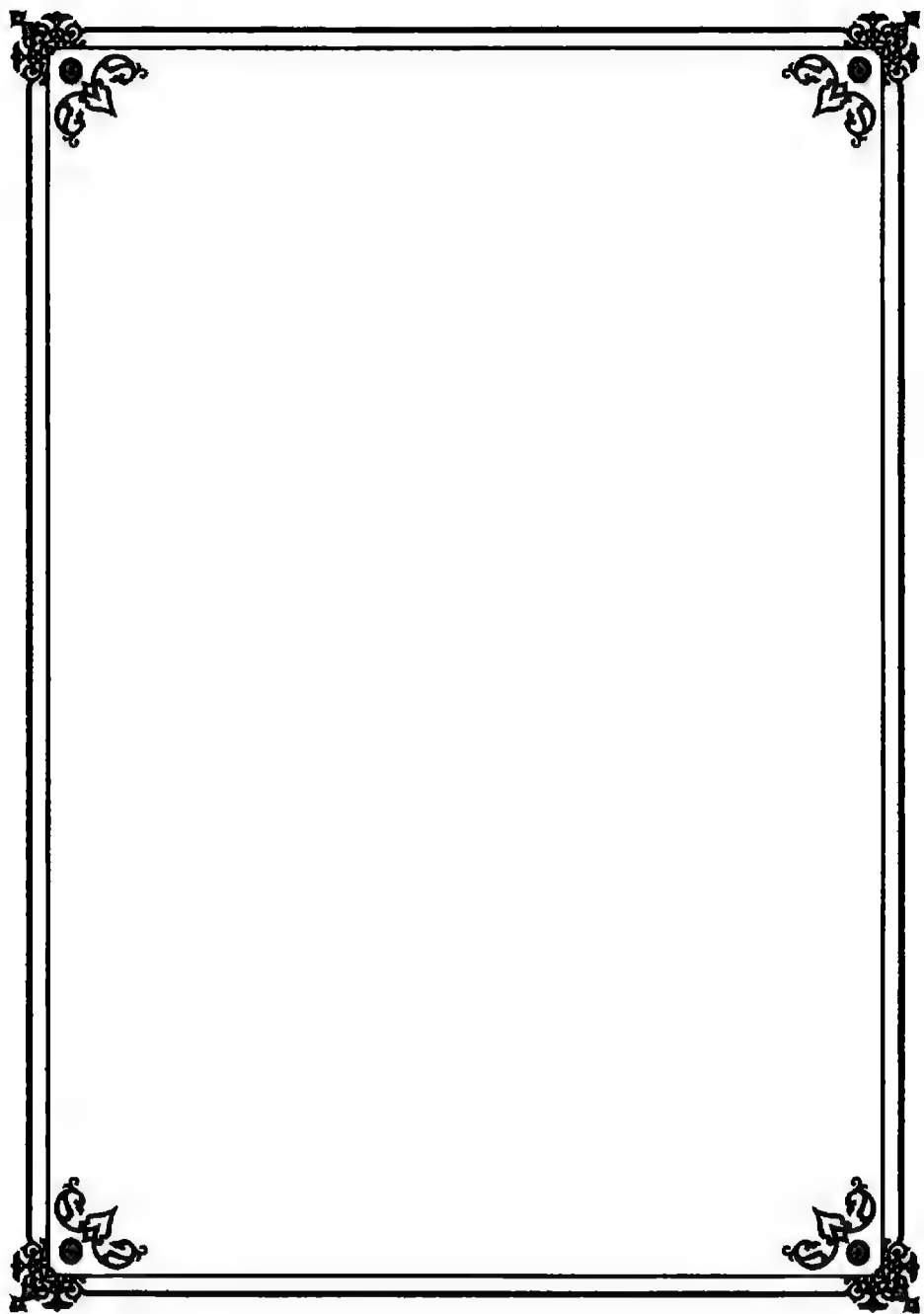
وقال محمد رحمته الله: يضمنانِ ربعَ الألفِ ونصفَ ثمنِ الألفِ؛ لأنَّ الباقي ببقاءٍ من لم يرجع خمسةُ أثمانِ الألفِ ونصفُ ثمنٍ، فيكون التالفُ ثمنينِ ونصفَ ثمنٍ فيضمنانه؛ وهذا لأنَّ الباقي من الحجة ههنا أضعفُ من الباقي منها في الفصل الثاني وأقوى من الباقي منها في الفصل الأول؛ لأنَّ الباقي منها في الفصل الثاني يمكنُ إكماله بثلاثة طرقٍ: إمَّا بشهادة أصلي، وإمَّا أن يُضمَّ إلى من بقي من فرعي الأصلين شاهدٌ على أحدِ أصليه، وإمَّا أن يُضمَّ إليه من يشهدُ على شهادة أصله للآخر. والباقي من الحجة في الفصل الأول لا يمكنُ إكماله إلا بطريقٍ واحدٍ وهو أن ينضمَّ إلى الباقي من فرعي الأصلين واحدٌ يشهدُ على شهادة أصلية وفي مسألتنا يمكنُ إكمالَ الباقي من الحجة بطريقين، أحدهما: أن ينضمَّ إلى الباقي من هذا الفريق مثله وهو واحدٌ يشهدُ على أصليه، وأن يُضمَّ إلى الباقي من الفريق الآخر مثله وهو واحدٌ يشهدُ على أصليه، فثبت أنَّ الباقي من الحجة ههنا أقوى من الباقي منها في الفصل الأول؛ لأنَّ الإكمالَ ههنا بطريقين، وهناك بطريقٍ واحدٍ، وأضعفُ من الباقي منها في الفصل الثاني؛ لأنَّ الإكمالَ هناك بثلاثة طرقٍ، وهذا بطريقين فوجب أن يكونَ الباقي من المالِ بقاءً من بقي من الحجة هنا أكثر مما يبقى في

الفصل الأول وأقل مما يقيه الباقي في الفصل الثاني، وما أبقتُه الحجة في
 الفصل الأول خمسة أثمان المال، وما أبقتُه في الفصل الثاني ثلاثة أرباع
 المال وستة أثمان الألف، فكان الباقي ههنا خمسة أثمان الألف ونصف
 ثمن الألف بالضرورة، ليكون أكثر من ذلك وأقل من هذا، وإذا كان
 الباقي هذا كان التالف ثمين ونصفاً فيضمنها الراجعان، وهذه المسألة
 تسمى مسألة الأسكفة وهي عتبة الباب، قال ابن سماعة^(١): كرر علينا
 محمد بن الحسن رحمته هذه المسألة ثم قال: أفهتكم؟ فقلنا: نعم. ثم
 لما^(٢) قمنا من عنده فلم يصاحبنا إلى أسكفة الباب. والله أعلم.



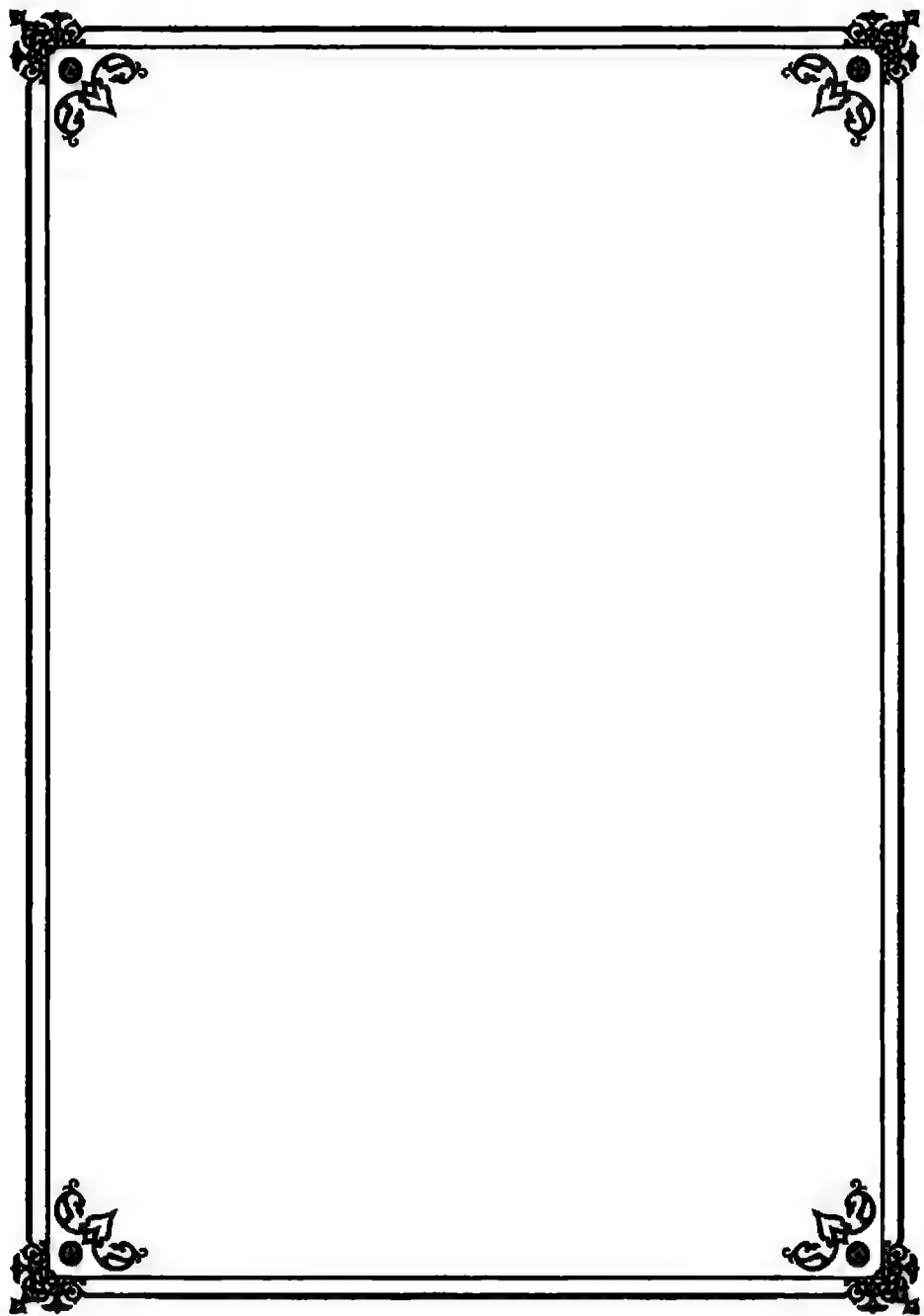
(١) تقلت ترجمته.

(٢) من (ب).



٤٦

كِتَابُ الْقِسْمَةِ



كتاب القسمة (١)(٢)

وهي مشروعة في الأعيان المشتركة؛ لأنه ﷺ باشرها في المغانم وفي الموارث، وجرى التوارث بها من لدن زمن^(٣) رسول الله ﷺ من غير تكبير، فكانت ماضية، وفي القسمة معنى المبادلة والإفراز^(٤) أما المبادلة فلأن الحاصل لأحدهما قبل القسمة مشترك، بعضه له وبعضه لصاحبه، عند^(٥) القسمة يأخذ نصيب صاحبه الحاصل في نصيبه عوضاً عما بقي له في نصيب الآخر.

وأما الإفراز فظاهر إلا أن معنى الإفراز فيما هو مكيل وموزون أظهر، ومعنى المبادلة في الحيوان والعروض أظهر بناءً على اختلاف المقاصد في هذه؛ لظهور التفاوت فيها واتحادها في مكيل لعدم التفاوت؛ ولهذا فإن أحدهما لا يجوز له أن يأخذ نصيبه من المكيل والموزون عند غيبة صاحبه، ويجوز له إذا اشتركا في شرائه ثم اقتسماه أن يبيع مباحة على نصف الثمن، ولا يجوز ذلك في الحيوان ولا في العروض، إلا أن الأعيان إذا اتحد جنسها، وطلب أحد الشركاء القسمة أجبر القاضي

(١) لما كانت الدعاوى والمخاصمات تفصل بالقضاء والشهادة، فكذاك بالقسمة تفصل النزاعات، والمخاصمات بين الشركاء / ذكرها عقيب الشهادات وهي في الأصل رفع الشبوع وقطع الشركة.

«المستجمع شرح المعجم» ص ٦٩٩.

(٢) القسمة من باب فردته أجزاء فانقسم، وكذلك أسم من اقتسام الشيء: أي النصيب. «المصباح المنير» ٢٩٩، و«المعجم الوسيط» ٧٣٥/٢.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) في (ب): (الإقرار).

(٥) في (ب، ج): (فبعد).

على القسمة؛ لأنَّ الطالبَ يسألُ القاضي أنْ يخصَّه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الآخرَ عن الانتفاع به، فيجبُ على القاضي إجابته، والمبادلةُ مما يجري فيه الجبرُّ كما في قضاء الدين، وإن اختلفت أجناسُها لا يجبرُ القاضي على القسمة؛ لتفاحشِ التفاوتِ في المقاصد، وتعذرُ المعادلةِ^(١) فإن تراضوا على قسمتها جازت بتراضيهم؛ لأنَّ الحقَّ لهم^(٢).

قال: (وينصبُ القاضي قاسماً عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة يرزقُ من بيتِ المالِ / ١١٦١/ وألاً فبأجرة وهي على عددِ الرؤوس، وقالوا: الأنصاء).

ينبغي للقاضي أن ينصبَ للناس قاسماً يقسمُ بينهم، ويجبُ أن يكونَ عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة؛ لأن ذلك من عملِ القضاء، فيشترطُ فيه ما يشترطُ فيه، وإنما شرط العلمُ بالقسمة؛ لأن القدرةَ على القسمة تعتمدُ العلمَ بها، والقسمةُ تعتمدُ القدرةَ، وإنما شرطُ الأمانة؛ لأن القاضي والمتقاسمين يعتمدون على قوله، فتشترطُ أمانته لتطمئنُّ القلوبُ إليه، وإنما يُرزقُ من بيتِ المالِ؛ لأن القاسمَ بواسطة القسمة يقطعُ المنازعةَ بين الخصوم، فكانت القسمةُ شبهةً بالقضاء فيرزقُ من بيت المالِ كما يُرزقُ القاضي؛ ولأنَّ منفعةَ القسمة راجعةٌ إلى العامة فكان رزقُ القاسمِ من بيتِ مالهم ليكونَ الغريمُ بالغنم، وإن لم يفعل ذلك نُصبَ قاسماً بين الناسِ بأجرة؛ لاختصاصِ نفعِ القسمة بهم، ويقدرُ

(١) في (ج): (المبادلة).

(٢) «المبسوط» ١٥/٢-٣، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٥، و«الهداية» ٤/٣٦٩، و«البحر

القاضي أجرته كيلا يتحكم عليهم بالزيادة، والأفضل أن يُرزق من بيت المال لكونه أرفق بالناس وأبعد من التهمة، ثم الأجرة تجب على المتقاسمين على عدد رؤوسهم عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقالا ^(٢): على قدر الأنصباء حتى إذا كانت دار بين ثلاثة نفر لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقسمها بينهم بالأجرة قُسمت الأجرة عند أبي حنيفة ^(٢) رحمته الله أثلاثاً على كل واحد ثلثها.

وقالا ^(٢): على قدر الملك أسداساً، ثلاثة أسهم من ستة على صاحب النصف، وسهمان من ستة على صاحب الثلث وسهم على صاحب السدس؛ لأن الأجرة مؤنة الملك فيجب على مقدار الملك؛ لأن المؤنة تبع له وصار كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة، ونفقة العبد المشتركة ^(٣).

وله: أن الأجرة وجبت في مقابلة تمييز الحقوق بعضها من بعض، وهذا عمل لا تفاوت فيه، فإن تمييز الأقل من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقل، ولو قسمت ديناراً بين رجلين أسداساً لأحدهما السدس، وللآخر خمسة الأسداس، فتميزت دانقاً ودفعته إلى صاحب السدس ودفعت الباقي إلى الآخر، فالعمل في تمييز دانق من دينار هو عين العمل في تمييز خمسة الأسداس من دينار، فإذا استوى عملهما لهما واستحق الأجرة في مقابلة عمله ^(٤) وهما سواء في وجوب الأجرة عليهما، فوجب أن

(١) «الهداية» ٣٦٩/٤-٣٧٠، و«الاختيار» ٣٣٤-٣٣٥/٢، و«البحر الرائق» ١٦٨/٨-١٦٩، و«اللباب» ٩١/٤-٩٢.

(٢) «المبسوط» ٥/١٥، و«الهداية» ٣٧٠/٤، و«البحر الرائق» ١٦٨/٨-١٦٩، و«اللباب» ٩٢/٤-٩٣.

(٣) في (ب): (المشترك). (٤) في (ب): (عملهم).

تستوي مقادير الواجب عليهم أجرة على أن بعض العلماء قال: المشقة في إفراز الأقل من الأكثر فوق المشقة في إفراز الأكثر من الأقل، فيفتقر الأقل إلى تدقيق في الحساب لا يفتقر إليه هذا، بخلاف حفر البئر؛ لكون الأجرة مقابلة بنقل التراب وهو متفاوت. وأما الوزن والكيل فإن كان للقسمه بالخلاف واحد، وإلا فالأجرة فيهما مقابلة بعملهما وهو متفاوت.

وعن أبي حنيفة رحمته الله^(١): أن الأجرة على طالب القسمه لانتفاعه بها دون الممتنع لتضرره.

قال: (ولا يجبر الناس على قاسم).

أي: لا يجبر القاضي الناس على أن يستأجروه، لأن الجبر لا يجري في العقود؛ ولأن تعيينه يفضي إلى تحكمه في الزيادة على أجر مثله، وفي ذلك ضرر بالناس، ومتى أصطلحوا فاقسموا جاز إلا أن يكون فيهم صغير فيفتقر إلى أجر القاضي لعدم ولايتهم عليه^(٢).

قال: (ويمنعون عن الشركة).

لأن القسام متى أشتركوا توكل بعضهم لبعض فكثرت الأجرة وغلث، وإذا منعوا^(٣) عن الشركة بادر الواحد منهم خوف الفوت فيرخص الأجرة، ففي منعهم من القسمه رعاية مصلحة الناس^(٢).

(١) «المبسوط» ٥/١٥، و«الهداية» ٣٧٠/٤، و«البحر الرائق» ١٦٨/٨-١٦٩، و«اللباب» ٩٢/٤-٩٣.

(٢) «الهداية» ٣٧٠/٤، و«الاختيار» ٣٣٥/٢، و«البحر الرائق» ١٦٩/٨، و«اللباب» ٩٢/٤.

(٣) في (ب): (امتنعوا).

قال: (وإذا حضر شركاء وفي أيديهم عقارٌ أدَّعوا أنه إرثٌ وطلبوا القسمة فهي موقوفةٌ على البينة بالموت وعدِّ الورثة، وقالوا: تقسّمُ باعترافهم ويذكرُ في كتاب القسمة ذلك كما في غير العقارِ أو عقارٍ أدَّعوا شراءَهُ أو ملكَهُ مطلقًا).

إذا حضر جماعةٌ إلى القاضي وفي أيديهم عقارٌ فادَّعوا أنهم ورثوه من فلانٍ لم يقسّمها القاضي عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١) حتى يقيموا البينة أن مورثهم مات، وعلى عددٍ ورثته.

وقالوا ^(٢) ^(١): يقسمها القاضي ^(٣) باعترافهم، ويذكرُ في كتاب القسمة أنه قسّمها بينهم بقولهم، وقاسَ في المتن قولَهُما على صورتين مجمع عليهما تنبيهاً على العلة، وتعريفًا لحكمهما ^(٤).

إحداهما: إذا كان المشتركُ بالإرثِ ما سوى العقارِ فإنه يقسّمهُ بينهم بقولهم إجماعًا ^(٤).

والثانية: إذا كانت في أيديهم عقارٌ أدَّعوا أنهم اشتروه، فإنه يقسّم بينهم بقولهم إجماعًا.

لهما: أنَّ اليَدَ دليلُ الملك، وعقلُهم وإيمانُهم يمنعُ ^(٥) عن الكذب ولا منازعَ لهم فيه ليتمكن إقامة البينة عليهم؛ لأن البينة لا تقام إلا على

(١) «مختصر الطحاوي» ٤١١، و«فتاوى قاضيخان» ١٥١/٦، و«المبسوط» ٥/١٥، و«اللباب» ٩٣/٤.

(٢) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد). (٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٤١١، و«المبسوط» ٥/١٥، و«الهداية» ٣٧١/٤، و«اللباب» ٩٣/٤.

(٥) في (ب): (يمنعهم).

المنكر ولا منكر فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث، وكما في العقار المشترك في غير الإرث، وإنما يذكر القاسم في كتاب القسمة أنه قسمها بينهم باعترافهم؛ ليقصر الحكم بالقسمة (عليهم)^(١) ولا يتعدى إلى شريك لهم آخر.

وله^(٢): أن إقرارهم بالإرث يضمن إقرارهم بالملك للمورث أنه أنتقل إليهم، فكان الحكم بالقسمة حكماً على الميت؛ لأن التركة باقية على ملكه حكماً قبل القسمة؛ ولهذا فإنه لو حدثت الزيادة فيها تنفذ وصاياه فيها وتقتضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كان قضاء على الميت لم يكن إقرارهم حجة عليه فلا بد من البيّنة، وإقامة البيّنة ههنا مفيدة؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً على الميت ولا يقدح في ذلك إقراره كما في الوارث / ١٦١ ب/ والوصي يقرّان بالدين فإنه يقبل البيّنة عليهما مع إقرارهما، وصار كما لو حضر منازع ينازعهم في التركة، وهذا بخلاف المنقول الموروث، وكان القياس يقتضي أن لا يقسم بدون البيّنة إلا أنا استحسناً ذلك للحاجة الماسة إلى حفظ المنقول، فإن العقار محفوظ بنفسه، والمنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عند أبي حنيفة^(٣) وأبي يوسف^(٣) رحمهما الله وبخلاف العقار الذي ادّعوا شراءه؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع سواء قُسم أو لم يقسم، فلم يكن إقرارهم به إقراراً بالملك للغير، فلم تكن القسمة قضاء على الغير بإقرارهم.

(١) من (ب) و (ج).

(٢) «الهداية» ٣٧١/٤، و«الاختيار» ٣٣٥/٢، و«البحر الرائق» ١٦٩/٨-١٧٠، و«اللباب» ٩٤/٤.

(٣) «الهداية» ٣٧٠/٤، و«الاختيار» ٣٣٥/٢، و«البحر الرائق» ١٦٩/٨-١٧٠، و«اللباب» ٩٢/٤.

وذكر أبو نصر البغدادي رحمته الله ^(١)^(٢) شارح القدوري رحمته الله رواية «الجامع الصغير» ^(٣) فيما إذا ادَّعوا شراءَ العقارِ أنه لا يقسَّم إلاَّ بالبيِّنة على الملك. وذكر صاحبُ «الهداية» ^(٤) هذه الروايةَ فيما إذا كان في أيديهم عقارٌ ادَّعوا أنه ملكُهُم ولم يذكروا (كيفيةَ أنتقالِه) ^(٥) إليهم، ولم يذكر في الشراءِ خلافًا، فقال: وإن ادَّعوا الملكَ ولم يذكر كيف أنتقلَ قسَّمه بينهم؛ لأنه ليس في القسمةِ قضاءٌ على الغيرِ، فإنهم لم يقرؤا بالملك لغيرهم.

قال: وهذه روايةُ كتابِ القسمةِ، وفي «الجامع الصغير» ^(٣) أرضٌ ادَّعاها رجلان وأقاما البيِّنة أنها في أيديهما وأرادا القسمةَ لم يقسِّمها حتَّى يُقيما البيِّنة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكونَ لغيرهما.

قال: ثم قيل: هذا قولُ أبي حنيفة رحمته الله ^(٦) خاصةً، وقيل: هو قولُ الكلِّ وهو الأصحُّ؛ لأنَّ قسمةَ الحفظِ في العقارِ غيرُ محتاجٍ إليه ^(٧) وقسمةُ الملكِ تفتقرُ إلى قيامِ الملكِ ولا ملكَ فامتنع الجوارُ، والمذكورُ في المتنِ هو روايةُ كتابِ القسمةِ وهو المذكورُ في «مختصر القدوري» ^(٨).

(١) «اللباب» ٩٢/٤.

(٢) أبو نصر أحمد بن محمد المعروف بالأقطع سبقت ترجمته.

(٣) «الجامع الصغير» ص ٣٨٣-٣٨٤.

(٤) «الهداية» ٣٧١/٤.

(٥) في (ب): (كيف أنتقل).

(٦) «الهداية» ٣٧١/٤، و«الاختيار» ٣٣٥/٢، و«البحر الرائق» ١٦٩/٨-١٧٠،

و«اللباب» ٩٤/٤.

(٧) في (ب) و(ج): (إليها).

(٨) «الكتاب» ٩٤/٤.

قال: (أو وارثان في يدهما عقارٌ ومعهما غائبٌ أو صبيٌّ وبرهنا على الوفاة وعدد الورثة قسم بطلبهما، ونصب عن الغائب أو الصبيِّ مَنْ يقبض نصيبه، أو مشتريان ومعهما غائبٌ، أو كان العقار في يد الغائب، أو كان الطالب واحدًا لم يقسم).

هذه مسائل:

الأولى: إذا حضر وارثان فادّعىا أنهما ورثا العقار الذي في أيديهما ومعهما وارث آخر غائب أو معهما صبيٌّ وأقاما البيّنة على الوفاة وعدد الورثة، فإنّ العقار يقسم بطلبهما، وينصب القاضي عن الغائب وكيلًا وعن الصبيِّ وصيًا يقبض نصيبهما؛ لأنّ في ذلك نظرًا للغائب والصبي^(١)، ولا بدّ من إقامة البيّنة في هذه الصورة عنده خلافاً لهما، كما مرّ في الصورة الأولى، والتنبيه على حكم الصبيِّ زائد^(٢).

المسألة الثانية: إذا حضرا وطلبا القسمة وفي أيديهما دارٌ ادّعىا شراءها ومعهما مشتر آخر غائب لم تقسم بطلبهما، والفرق بين المسألتين أنّ ملك الوارث ملك خلافة عن المورث حتى يردّ هو بالعيب، وردّ عليه بالعيب فيما كان المورث اشتراه، ويصير مغرورًا بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصمًا عن الميت فيما في يده والآخر خصم عن نفسه، فكانت القسمة قضاءً على الخصمين الحاضرين فصحّ، أمّا الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ؛ ولهذا لا يردّ بالعيب على بائع بائعه، فلم يصلح

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٤١١-٤١٢، و«المبسوط» ١١/١٥، و«فتاوى قاضيخان»

١٥١/٦، و«الهداية» ٣٧١/٤.

الحاضر خَصْمًا عن الغائب، فلم يكن القضاء بحضرة الخصمين، فلم يصح^(١).

المسألة الثالثة: إذا كان العقار في يد الغائب الوارث لم يقسم، وكذلك لو كان شيء منه في يده أو يد مودعه أو يد الصبي الوارث؛ لأنه لو قُسم تكون القسمة قضاء على الغائب وقضاء على الصغير باستحقاق يدهما من غير خضم عنهما، والمودع ليس بخصم فيما يستحق عليه، والقضاء من غير خضم لا يجوز ولا فرق في هذه الصورة بين إقامة البيّنة، وعدم إقامتها هو الصحيح^(٢).

المسألة الرابعة: إذا كان الطالب للقسمة وارثًا واحدًا وشريكه غائبًا فأقام هذا الحاضر البيّنة لم تقسم؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ لأن الواحد لا يصلح مخاصمًا ومخاصمًا ومقاسمًا ومقاسمًا، ولو كان أحد الحاضرين صغيرًا نصّب القاضي عنه وصيًا وقسم عند إقامة البيّنة لما مر^(٣).

قال: (وإذا أنتفع كل بنصيبه قسم بطلب أحدهم).

إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه إذا قُسم، فطلب أحدهم القسمة قُسم؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتمل القسمة عند طلب أحدهما على ما مر^(٤).

(١) «المبسوط» ١٢/١٥، و«الهداية» ٣٧١-٣٧٢/٤، و«الاختيار» ٣٣٦/٢، و«البحر الرائق» ١٧٠/٨.

(٢) «المبسوط» ١٢/١٥، و«فتاوى قاضيه خان» ١٥٢/٦، و«الهداية» ٣٧٢/٤، و«البحر الرائق» ١٧٠-١٧١/٨.

(٣) «الهداية» ٣٧٢/٤، و«الاختيار» ٣٣٦/٢، و«البحر الرائق» ١٧٠-١٧١/٨.

(٤) «المبسوط» ١٢-١٣/١٥، و«الهداية» ٣٧٢/٤، و«الاختيار» ٣٣٦/٢، و«اللباب» ٩٤/٤.

قال: (وإن أنتفعَ واحدٌ لكثرة نصيبه واستنصر آخرُ لقلّته قُسّمَ بطلبِ المنتفعِ وحدهُ).

لأنَّ صاحبَ الكثير^(١) يتنفعُ بالقسمة فيعتبرُ طلبُهُ، وصاحبُ القليلِ إذا طلبَ القسمةَ كان متعنّتًا فيها، فلم يُعتبرُ طلبُهُ، وقيل: الحكمُ على عكسِ هذا إن طلبَهُ صاحبُ القليلِ قُسّمَ، وإن طلبَ صاحبُ الكثير^(٢) لم يقسّمَ؛ لأنه يريدُ الإضرارَ لصاحبِ القليلِ فلا يعتبرُ، وصاحبُ القليلِ راضٍ بضررِ نفسه، ذكره الخصّاف^(٣) وذكر في «مختصره» أنّه يُقسّمُ بطلبِ كلِّ منهما، والصحيحُ ما ذكرناه في المتن^(٤).

قال: (وإن استنصروا فبتراضيهم).

إذا كان كلٌّ من الشركاءِ يستنصرُ بالقسمة؛ لصغرِ نصيبِهِ لم يقسّمها بينهم إلّا بتراضيهم؛ لأنَّ الجبرَ في القسمةِ إنما ساغ لتكميلِ المنفعة، وفي هذه القسمةِ تفويتها. أمّا إذا تراضوا فالحق لهم، فهم أعرفُ بأنفسِهِم، والقاضي إنما يقضي بالظاهر^(٥).

قال: (وتقسّمُ العروضُ المتحدة الجنسُ فلا تُقسّمُ المختلفةُ إلّا بالتراضي).

أمّا الأوّلُ فلأنَّ عندَ اتّحادِ الجنسِ تتحدُّ المقاصدُ (فيحصلُ التعديلُ)^(٥)

(١) في (ب): (الأكثر).

(٢) في (ب)، (ج): (الكثرة).

(٣) «الاختيار» ٣٣٦/٢.

(٤) «المبسوط» ١٣/١٥، و«الهداية» ٣٧٢/٤، و«البحر الرائق» ١٧٢/٨، و«اللباب»

٩٤-٩٥.

(٥) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و (ج).

/١٦٢/ في القسمة والتكميل في المنفعة^(١)، وأمّا الثاني فلأنّ الجنس لا يختلط بعضه في بعض بسبب التفاوت واختلاف المقاصد، فلا تكون قسمتها تمييزاً بل معاوضةً، فلا بدّ في المعاوضة من التراضي، ويقسّم القاضي كلّ مكيلٍ موزونٍ كثيرٍ وقليلٍ، وكذلك المعدود المتقارب وتبرّ الذهب والفضة وتبرّ النحاس والحديد، والإبل وحدها، وكذلك الغنم والبقرة، ولا يقسّم شاةً وبعيراً وحماراً وفرساً، ولا يقسّم إلا^(٢) الأواني؛ لأنّ الأواني وإن كانت باعتبار جنسها واحداً، لكن اختلاف الصنعة ألحقها بالأجناس المختلفة، ويقسّم الثياب المتحدّة الجنس، ولا يقسّم ثوباً واحداً؛ للحقوق الضرر بواسطة القطع، ولا يقسّم ثوبين اختلفت قيمتهما لالتحاقهما بالأجناس المختلفة^(٣).

قال: (والرقيق لا يقسّم كالجواهر).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٣): لا يقسّم العبيد بعضهم في بعض. وقالوا^(٣): يقسّم إذا طلب أحدهما؛ لأنّ العبيد جنس واحد فصار كالإبل والخيّل والغنم ورقيق المغنم.

وله^(٣): أنّ فحش التفاوت في الآدمي الحقّ المتحدّ فيه بالمختلف الجنس؛ وهذا لأنّ معظم منافع الإنسان متعلّقة بما فيه من المعاني الباطنة التي لا اطلاع عليها، فامتنع التعديل بخلاف الحيوانات، فإنّ

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٦، و«المبسوط» ١٥/١٧-١٨، و«الهداية» ٤/٣٧٢-٣٧٣، و«اللباب» ٤/٩٥-٩٦.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٦، و«المبسوط» ١٥/٣٦-٣٧، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٣، و«البحر الرائق» ٨/١٧٢، و«اللباب» ٤/٩٥-٩٦.

التفاوت من الجنس الواحد منها قليل، فإنَّ معظمَ منافِعِها بظواهر صفاتِها، وإنَّه مما يمكنُ الأُطلاعُ عليه؛ ولهذا فإنَّ الذَكَرَ والأنثى منها يعدُّ جنسًا واحدًا وفي بني آدم يعدُّ جنسين حتَّى، لو اشترى نسمةً على أنَّها عبدٌ فكانت أمةً أو بالعكس لم ينعقد البيعُ أصلًا، ولو اشترى فرسًا أو جملاً على أنه ذكرٌ فكان أنثى ينعقد البيعُ ويثبت الخيارُ، وإنما قال: كالجواهر؛ لأنَّ الصحيح أنَّ الجواهر لا تقسَّم جبرًا في قولهم جميعًا.

وقيل: إنَّه على الخلاف في الرقيق. وجهُ الصحيح أنَّ التفاوت فيها أفحشُ، فكانت الجهالةُ فيها أشدَّ، فامتنع التعديلُ؛ وبدلٌ عليه أنه لو تزوجَ امرأةً على لؤلؤةٍ أو ياقوتةٍ تبطلُ التسمية^(١) ويجبُ مهرُ المثل، ولو تزوجَها على عبدٍ صحت التسمية، ويتخيرُ الزوج بين إعطائها عبدًا وسطًا وبين دفعِ القيمة.

قال: (ولا يُقسَّم حمامٌ ولا رحي ولا بئرٌ).

لأنَّ قسمةً ذلك مشتملٌ على الضررِ من الجانبين، فإنه لا يبقى كلٌّ منهما متفَعًا بنصيبه^(٢) الانتفاع المقصودُ منه فلا يقسم جبرًا، فإنَّ تراضوا على ذلك فهم متصرفون في حقوقهم فيجوز^(٣).

(١) في (ج): (القسمة).

(٢) في (ب): (بنفسه).

(٣) «المبسوط» ٥٢-٥٥، و«فتاوى قاضِيخان» ٦/١٤٣-١٤٢، و«الهداية»

٣٧٣/٤، و«البحر الرائق» ٨/١٧٢-١٧٣، و«اللباب» ٩٦/٤.

قال: (والدورُ المشتركةُ في مصرٍ نقسم كلَّ على حدةٍ كدارٍ
وَضَيْعَةٍ، أو دارٍ وحنوتٍ، وأجازا قسمةً بعضها في
بعضٍ إن كان أصلحَ).

إذا كان لرجلين داران في مصرٍ واحدٍ، وطلبا من القاضي قسمةً، فإنه
يُقَسَّمُ كلُّ دارٍ منهما على حدةٍ، ولا يقسمها قسمته واحدةً يجمع نصيبُ
أحدهما في أحدهما إلَّا بتراضيهما عند أبي حنيفة رحمهما الله ^(١).
وقالا ^(٢): إن رأى القاضي أنَّ الأصلحَ لهم قسمةً بعضها في بعضٍ
قسَّمها بينهما كذلك.

وعلى هذا الخلاف الأراضى المتفرقة المشتركة. لهما أنهما جنسٌ
واحدٌ في الاسم والصورة نظرًا إلى أصلِ السُكنى، وهما جنسان معنىً
نظرًا إلى وجوه السكنى والمقاصد نحو القرب من المسجد والماءِ
والأمن، وصلاح الجيران، وغير ذلك، فكان الترجيحُ مفوضًا إلى رأى
القاضي.

وله: أنَّ الدارين يتفاوتان تفاوتًا ظاهرًا أو يختلفان اختلافًا فاحشًا
باختلاف المكان ^(٣) والجيران والقرب من المسجد والماء. فامتنع التعديلُ
في القسمة؛ ولهذا فإنه لو وُكِّلَهُ بشراء دارٍ لم يجر، كما لا يجوزُ التوكيلُ
بشراء ثوبٍ، وكذلك لو تزوجها على دارٍ لم يصح، كما لو تزوجها على

(١) «المبسوط» ١٥/٥٢-٥٥، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٣-١٤٢، و«الهداية» ٤/٣٧٣،

و«البحر الرائق» ٨/١٧٢-١٧٣، و«اللباب» ٤/٩٦.

(٢) «الهداية» ٤/٣٧٣-٣٧٤، و«الاختيار» ٢/٣٣٧، و«البحر الرائق» ٨/١٧٣،

و«اللباب» ٤/٩٨-٩٩.

(٣) في (ب، ج): (المحال).

ثوبٍ وصار كالدارِ والضيعةِ أو الدارِ والحانوتِ^(١).

ونبّه في «المختصر»^(٢) على حكم ذلك وعلى تعليل الإمام، والعلّة اختلافُ الجنس، والجامعُ بين المقيس والمقيس عليه إلحاقُ الاختلافِ المعنويِّ بالاختلافِ الصوريِّ، فإن التفاوتَ المانعَ من القسمةِ والتعديلِ لا يختلفُ باختلافِ التفاوتِ في الصورةِ والمعنى.

وقد ذكر الخصّاف^(٣) أنَّ الدارَ والحانوتَ جنسان كما هو المذكورُ وقال في الإجازات في الأصل أنَّ إجارةَ منافع الدارِ بالحانوتِ لا تجوزُ، وهذا دليلٌ على أنهما جنسٌ واحدٌ، فيحمل ذلك على أن في المسألةِ روايتين أو على أن حرمةَ الربا هنالك مبنيةٌ على شبهةِ الجنسية^(٤).

قال: (فإن تراضوا بقسمتها فهي بيعٌ).

قال الإمام^(٥) رحمته الله: إذا تراضوا أن يقسموا الدورَ بينهما بتراضيهما فذلك بيعٌ معناه أن أحدهما صار كأنه باعَ من شريكه نصيبَهُ من تلك الدارِ بنصيبِ شريكه من هذه الدارِ.

وقال^(٦): إذا رأى القاضي أنَّ الأصلحَ قسمتها جملةً فقسمها بتراضيهما لم يكن بيعاً؛ لأنَّ القاضي يملكُ هذه القسمةَ بغيرِ تراضيهما عندهما.

(١) «المبسوط» ١٧/١٥، و«الهداية» ٤/٣٧٤، و«الاختيار» ٢/٣٣٧، و«اللباب» ٩٩/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٤.

(٣) «الهداية» ٤/٣٧٤، و«البحر الرائق» ٨/١٧٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٦، و«المبسوط» ١٥/٦٥، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٤، ١٧٣، و«اللباب» ٩٩/٤.

قال: (ولو وجدَ المشتري نصيبَ أحدهما معيًّا بعد بناءه فيه،

فرجعَ بنقصانيه، فرجوعُهُ على شريكه متنفٍ).

إذا أقتسما دارًا فباعَ أحدُ الشريكين نصيبَهُ فبنى فيه المشتري، ثم وجدَ به عيبًا فلم يتمكن من الردِّ بسبب هذه الزيادة، فرجعَ بنقصانِ العيبِ عليه لم يرجع هو / ١٦٢ب/ على شريكه بما ضمن للمشتري (١)(٢).

وقالاً^(١): يرجعُ عليه، وهذه مبنيةٌ على الاختلافِ في مسألة الدعوى إذا باعَ جاريةً، ثم باعها المشتري من آخر فاستولدها المشتري، ثم استحقها رجلٌ فأخذها وأخذ قيمة الولدِ رجَعَ على البائع بالثمنِ وقيمة الولدِ، والبائعُ يرجعُ على بائعه بالثمنِ لا غير عند أبي حنيفة. وعندهما به وقيمة الولدِ، وقد مرَّت في الفصل الأخير منه.

قال: (ولو استحقَّ بعضُ معينٍ من نصيبِ أحدهما لم تُفسخْ أو شائع في الكلِّ فسخت أو في نصيبِ أحدهما فله الرجوعُ في نصيبِ الآخرِ وقالوا: تفسخُ ووافق في الأصح).

هذه ثلاثُ مسائل:

والأوليان زائدتان وفاقتان أثبتتهما تصحيحًا للخلافية، فإنَّ القدوري^(٣) رحمه الله قال: وإذا استحقَّ (بعض)^(٤) نصيبِ أحدهما بعينه لم تفسخِ القسمة عند

(١) «المبسوط» ٥٠-٤٩/١٥، و«الهداية» ٤٢/٣، و«الاختيار» ٢٧١/٢، و«اللباب» ٢٤٨/١.

(٢) في (ب): (على المشتري).

(٣) «اللباب» ١٠٦/٤.

(٤) من (ب) و(ج).

أبي حنيفة^(١) رحمه الله ويرجع بحصته من ذلك من نصيب شريكه، وقال^{(١)(٢)}:
تفسخ القسمة فذكر الخلاف فيما إذا استحق نصيب معين.

قال صاحب «الهداية»^(٣) رحمه الله: وهكذا ذكر الخلاف في «الأسرار»
والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما،
فأمّا في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع^(٣)، ولو استحق
بعض شائع في الكل تفسخ القسمة بالإجماع فهذه ثلاثة أوجه، ولم
يذكر قول محمد^(٣) وذكر أبو سليمان^(٣) مع قول أبي يوسف^(٤) رحمه الله،
وذكره أبو حفص^(٤) مع قول^(٥) أبي حنيفة^(٤) رحمه الله وهو الأصح، وقد أثبت
لذلك فقلت: ووافق - أعني، ووافق محمد^(٤) - الإمام في الأصح
والقرينة السابقة، وهي قولنا: (وقال: تفسخ) تعرف أن الموافقة مع أبي
حنيفة^(٤)، فإن ضمير التثنية كناية عن أبي يوسف^(٦) ومحمد^(٦) رحمهما
الله. لأبي يوسف^(٦) أن باستحقاق البعض الشائع في نصيب أحدهما ظهر
شريك ثالث، والقسمة بدون رضا لا تصح كما إذا كان الاستحقاق في
بعض شائع في النصيبين، وهذا لأن باستحقاق نصيب شائع لا يتحقق
الإفراز؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر (شائعًا بخلاف)^(٧)
المعين.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٥، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٦-١٤٧، و«المبسوط»
١٥/٦٤-٦٥، و«اللباب» ٤/١٠٦.

(٢) في (ب)، (ح): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «الهداية» ٤/٣٧٩. (٤) «الاختيار» ٢/٣٤٠. (٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٧-١٤٨، و«المبسوط»
١٥/٤٣-٤٤، و«اللباب» ٤/١٠٦.

(٧) طمس في الأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

ولهما^(١): أن الإفراز غير معدوم باستحقاق الجزء الشائع في نصيب أحدهما. ألا ترى أنهما لو أقتسماها هكذا في الابتداء جازت القسمة، فكذلك في الانتهاء، كما إذا كان النصف المقدم من الدار مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر منها لا شركة لغيرهما فيه، فاقسما على أن لأحدهما مالهما من النصف المقدم وربيع المؤخر فإنه يجوز، وصار كاستحقاق جزء معين بخلاف الشائع في النصيبين؛ لأنه لو بقيت القسمة يتضرر الثالث بتفريق نصيبه إلى ههنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا، وصورة المسألة: رجلان أقتسما داراً بالتراضي أثلاثاً الثلث المقدم من الدار لأحدهما، والثلثان المؤخران للآخر، وقيمة الثلثين كقيمة الثلث ستمائة درهم، فجاء مستحق لنصف الثلث المقدم شائعاً لا تنسخ القسمة عند أبي حنيفة^(٢)، ولكنه إن شاء فسخ واستأنف القسمة وإن شاء رضي بعيب الشركة، فيرجع على شريكه صاحب الثلثين بربع ما في يده.

وقال أبو يوسف^(١) رحمه الله: تبطل القسمة ويستأنفانها بينهما، وقد تقدم أن محمداً^(٢) مع أبي حنيفة^(١) في رواية أبي حفص^(١) وهو الأصح، ومع أبي يوسف^(١) في رواية أبي سليمان^(١)، فأبو يوسف^(١) يقول: إذا استحق نصف الدار كلها شائعاً بطلت القسمة، فكذا إذا استحق نصف نصيب أحدهما، وهما يقولان: إن هذا الاستحقاق لم يوجب شيوعاً في نصيب الآخر فلا تنتقض القسمة كما في استحقاق بعضه مقسوماً معيناً، بخلاف استحقاق نصف الجملة شائعاً لظهور الشريك الثالث المتضرر

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٧، و«فتاوى قاضيخان» ٦/ ١٤٧-١٤٨، و«المبسوط»

١٥/ ٤٣-٤٤، و«اللباب» ٤/ ١٠٦.

(٢) «اللباب» ٤/ ١٠٦.

بانقسامه في النصيبين لولا القسمة، وإنما يرجعُ برِبع ما في يده؛ لأنَّه لو أَسْتَحَقَّ كُلُّ ما في يده رجَعَ بنصف ما في يد الشريك، فإذا أَسْتَحَقَّ النصفَ رجَعَ بنصف النصف، وهذه المسألةُ مذكورةٌ في بابِ أبي حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله في «المنظومة»^(١)، وقد أجتزأتُ بذكرها مجملًا على التفصيل.



(١) «المنظومة» لوحة (٦٨).

فصل:

في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها

قال^(١): (وينبغي أن نصور ما يقسمه ويعدله ويزرعه ويقوم ببناءه ويفرد كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب نصيبًا بالأول والآخر بالثاني وهلم جرا ويقرغ، فمن خرج اسمه أولاً أخذ الأول وهكذا).

أما التصوير فليتمكن من حفظه وأما التعديل وهو التسوية على سهام القسمة فلينقطع عن غيره، وأما الزرع فليعرف مقداره، وأما تقويم البناء فلكونه محتاجاً^(٢) إليه في الآخرة^(٣)، وأما أفراد كل نصيب بطريقه وشربه فلينقطع تعلقه بالآخر، فيتحقق معنى القسمة بانقطاع المنازعة على الكمال ثم يلقب نصيباً منها بالأول وثانياً بالثاني وآخرًا بالثالث وهلم جرا. ويقرغ، أي: يكتب أسماءهم ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً أخذ النصيب الملقب بالأول، ومن خرج ثانياً فله الثاني هكذا. والأصل أن ينظر إلى أقل أنصابتهم، فإن كان ثلثاً جعلها أثلاثاً أو سدساً جعلها أسداساً، وهذه القرعة لتطييب القلب^(٤) وإزالة^(٥) تهمة ميل القاضي، إلى أحد الشركاء، حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير أن يقرغ جاز؛ لأن ذلك في معنى القضاء، فصحح الإلزام به^(٦).

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (مختلفاً).

(٣) في (ب): (الآخر).

(٤) في (ب): (القلوب).

(٥) في (ب): (وإزاحة).

(٦) «مختصر الطحاوي» ٤١٤-٤١٥، و«المبسوط» ١٥/٨-٩، و«الهداية» ٤/٣٧٤-

٣٧٥، و«اللباب» ٤/١٠٠.

وقد قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله: القرعة لا تصح في القياس / ١٦٣ / لأنها تمليك معلق لخطر؛ لأنها إذا خرجت على سهم ملكه وانقطع حق الباقيين عنه، والقرعة لا تصح^(٢) في إسقاط الحقوق وإيجاب الملك، لكن عدلنا عن القياس إلى الاستحسان^(٣) وهو الأخذ بالآثار والسنة، فإن السلف رحمهم الله استعملوا القرعة في القسمة من غير نكير، وروي أنه عليه السلام لما قسم خير جعلها سهامًا وضرب لكل فريق سهم^(٤).

قال: (ولا تدخل الدراهم فيها إلا بالتراضي).

إذا قال أحد الشركاء *تجعل قيمة البناء بزرع من العرصة*، وقال بعضهم: *تجعل قيمة البناء على الدراهم*. فإن القاضي يقسمها على الزرع^(٥): وذلك؛ لأن الذي يعطي الدراهم يتعجل زيادة النصيب من الدار، وتكون الدراهم في ذمته لخصمه. فيجوز أن يسلم له وألا يسلم. فلا يجوز للقاضي أن يتعجل ذلك؛ ولأن القسمة من حقوق الشركة، والاشتراك في الملك لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك، فإن فعل ذلك برضاهم جاز؛ لأنه قد لا يمكن القسمة إلا بأن يعدل بالدراهم، فلعل قيمة البناء في إحدى الخبرين تكثر، فلو عدلناه بالعرصة أفضى إلى أن لا يبقى لصاحب البناء من العرصة ما ينتفع به، فيعدل بالدراهم لينتفع^(٦) كل منهم بقطعة من العرصة، إلا أنه مهما أمكن أن

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٥، و«المبسوط» ٥/١٥، و«بدائع الصنائع» ٣٢/٧.

(٢) في (ب): (تقطع). (٣) في (ج): (الاستحقاق).

(٤) أخرجه أبو داود في «سننه» في كتاب الخراج. قال صاحب «التنقيح»: إسناده جيد.

(٥) في (ب): (الدراهم).

(٦) في (ب): (لينقطع).

لا يفعل ذلك فليجتنب: لأنَّ في ذلك يكونُ بيعًا، والقاضي يجبرُ على القسمة لا على البيع^(١).

قال: (وإذا قَسَمَ ولأحدِهِم مسيلٌ أو طريقٌ في ملكٍ الآخر غير مشروط فإن أمكن صرفه صرف وإلا فسخت).

إذا قَسَمَ بينهم ولأحدِهِم مسيلٌ في ملكٍ الآخر أو طريقٌ وذلك غير مشروط في القسمة، فإن كان يمكن أن يصرف الطريق والمسيل عن ملكه فليس له أن يستطرق ولا أن يسيلَ ماءه في ملكٍ غيره وإن لم يمكن فسخت القسمة، وهذا مبنيٌّ على مسألة، وهي: أن الشركاء عند الأقسام إذا قال بعضهم: يرفع لنا طريقه.

وقال بعضهم: لا يرفع، فإنَّ الحاكم ينظر في ذلك. فإن أمكن أن يكون لكل واحدٍ منهم طريقٌ مستقيمٌ في ملكٍ نفسه قَسَمَها بينهم من غير أن يرفع طريقًا بينهم، وإن لم يمكن ذلك رفع طريقًا لجماعتِهِم؛ ليتحقق تكميلُ المنفعة فيما وراء الطريق، ولو اختلفوا في مقداره جعل على قدرِ عرضِ بابِ الدارِ وطوله لاندفاعِ الحاجةِ بذلك، والطريقُ على سهامِهِم قبل القسمة؛ لأنَّ القسمةَ فيما وراء الطريق لا في الطريق، ولو شرطوا أن يكون الطريقُ بينهما أثلاثًا جاز، وإن كان أصلُ الدارِ شطرين؛ لأنَّ القسمةَ على التراضي بالتفاضلِ جائزة، وإنما يُجعلُ في كلِّ نصيبٍ فريقٌ عند الإمكان؛ لأنَّ طالبَ ذلك يريدُ قسمةَ جميعِ الدارِ، والذي لا يختارُ ذلك قسمةَ بعضها دونَ الطريقِ الذي يريدُ رفعها، والواجبُ قسمةُ

(١) «المبسوط» ٢٥/٢٦، و«الهداية» ٤/٣٧٥، و«الاختيار» ٢/٣٣٨، و«البحر

الرائق» ٨/١٧٤، و«اللباب» ٤/١٠.

الجميع المشترك إذا أمكن من غير لحوق الضرر، فأما إذا لم يمكن رفع الطريق بينهم على الشركة؛ لأنه لا ينتفع كل منهم بنصيبه، والقسمة لا يصح وقوعها على وجه يضر بالمتقاسمين، إذا ثبت ذلك قلنا: إذا أقتسموا ولم يبينوا الطريق والمسيل، فإن قدر كل منهم أن يفتح لنفسه طريقاً ومسيل ماء في ملكه فعل، والقسمة ماضية لإمكان تمييز حق أحدهما عن الآخر، وإن لم يمكن إلا على نصيب شريكه، فإن كان شرطاً في القسمة أن ما أصاب كل واحد فهو له بحقوقه، فإن الطريق والمسيل ترك بحاله؛ لأنه لا يمكن صرفه إلا بضرر، فهو حق له في نصيب الآخر، وقد شرط له في القسمة الحقوق، فإن لم يكن شرطاً^(١) ذلك فالقسمة باطلة، ويستأنف على وجه يمكن أن يجعل كل منهم لنفسه طريقاً ومسيلاً في ملكه؛ لأنه لما لم يشترط الحقوق لم يجز استطراق هذا في نصيب شريكه، فهذه القسمة لا ينتفع بها، فكانت غلطاً من القاسم، فوجب فسحها واستئنافها على وجه صحيح^(٢).

قال: (وذراع من سفلى لا علو له مقسوم بذراعين من علو لا سفلى له ويسوي، وشرط القسمة بالقيمة وهو المذهب).

قال أبو حنيفة^(٣) رحمته الله: يجعل في القسمة ذراعان من علو لا سفلى له بذراع من سفلى لا علو له.

(١) في (ب): (شرطاً).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤١٤، و«الهداية» ٤/٣٧٥-٣٧٦، و«الاختيار» ٢/٣٣٨، و«البحر الرائق» ٨/١٧٤، و«اللباب» ٤/١٠٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٢-٣١٣، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٤٣، و«الهداية» ٤/٣٧٧-٣٧٦، و«الاختيار» ٢/٣٣٨، و«اللباب» ٤/١٠٢.

وقال أبو يوسف ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُجْعَلُ ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ.

وقال محمد ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَقُومَانِ وَيَقْتَسِمَانِ بِالْقِيَمَةِ وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ، وَمَا رَوَى عَنْهُمَا بِنَاءٌ عَلَى اخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ فِي عَصَرَيْهِمَا فَأَفْتِيَا عَلَى مَقْتَضَى ذَلِكَ، وَالتَّنْبِيهُ عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْقِيَمَةِ هُوَ الْمَذْهَبُ مِنَ الزَّوَائِدِ.

قال: (وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَاسِمِينَ بِاسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْوَرِثَةِ وَرَدَهَا).

شَهَادَةُ الْقَاسِمِينَ عَلَى بَعْضِ الْوَرِثَةِ أَنَّهُ قَدْ أُسْتَوْفِيَ نَصِيبُهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ مَقْبُولَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ^(٢) وَأَبِي يُونُسَ ^(٢) رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وقال محمد ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا تَقْبَلُ؛ لِأَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى إِثْبَاتِ فَعْلِهِمَا مَعْنَى، فَلَا تَقْبَلُ كَمَنْ عُلِقَ عَتَقَ عَبْدُهُ بِفَعْلٍ رَجُلَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا بِهِ.

ولهما ^(٣): أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى إِثْبَاتِ ^(٤) فَعْلٍ غَيْرِهِمَا، وَهُوَ الْأَسْتِيفَاءُ لَا عَلَى فَعْلٍ أَنْفُسِهِمَا، وَهُوَ التَّمْيِيزُ؛ لِأَنَّ فَعْلَهُمَا لَا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ؛ لَكُونِهِ غَيْرَ لَازِمٍ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ لَازِمًا بِالْقَبْضِ وَالْإِسْتِيفَاءِ وَذَلِكَ فَعْلُهُ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَيْهِ. وَقِيلَ: إِنَّ قِسْمًا بِأَجْرٍ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا بِالْإِجْمَاعِ ^(٥)؛ لِأَنَّهُمَا يَدَّعِيَانِ إِيفَاءَ مَا اسْتَوْجَرَا ^(٦) عَلَيْهِ مِنَ الْعَمَلِ، فَكَانَ /١٦٣ب/

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٢-٣١٣، و«فتاوى قاضيخان» ١٤٣/٦، و«الهداية» ٣٧٦-٣٧٧/٤، و«الاختيار» ٣٣٨/٢، و«اللباب» ١٠٢/٤.

(٢) «الهداية» ٣٧٧-٣٧٨/٤، و«البحر الرائق» ١٧٦-١٧٧/٨، و«الاختيار» ٣٣٩/٢-٣٤٠، و«اللباب» ١٠٣/٤.

(٣) فِي (ج): (لَهُ).

(٤) مِنْ (ج).

(٥) «الهداية» ٣٧٧-٣٧٨/٤، و«الاختيار» ٣٣٩-٣٤٠/٢، و«البحر الرائق» ١٧٦/٨-١٧٧، و«اللباب» ١٠٣/٤.

(٦) فِي (ب): (اسْتَوْجَبُوا).

الموجودُ منهما شهادةً في الصورة ودعوى في المعنى فلم تقبل، والأصحُّ من المذهب أنها تقبلُ لأنهما عدلان، ولهذا أطلق في الكتاب لفظة القاسمين ولم يقيدهما بالأجر ولا بعدمه.

قال: (ولو ادَّعى أحدهما غلطًا وأنَّ شيئًا مما أصابَهُ في يد الآخر بعد أن أشهدَ بالاستيفاء لم يصدقْ إلاَّ بينةً).

لأنه يريدُ فسَخَ القسمِ بعد وقوعِها وقيامِ البينة باستيفائه فلا يقبلُ قوله إلاَّ بينةً، فإن لم يَقم بينةً استُخِلَفَ شركاؤه، فمن نكَلَ منهم عن اليمين^(١) جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما؛ لأنَّه يكونُ له حجةٌ في حقه خاصةً فوجب أن يعاملا بزعمهما^(٢).

قال: (وإن قال: أستوفيتُ لكن أخذتُ بعضه كان القولُ لخصمه).

إذا قال: أستوفيتُ حقِّي لكنك أخذتَ بعضهُ فالقولُ قولُ الخصم مع يمينه؛ لأنه يدَّعي عليه غصبًا، والخصمُ ينكرُ، والقولُ قولُ (المنكر)^(٣) مع يمينه^(٤).

(١) في (ج): (المدعي).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣١٥، و«المبسوط» ٦٤/١٥، و«اللباب» ١٠٣/٤، و«الهداية» ٣٧٨/٤.

(٣) من (ب) و(ج).

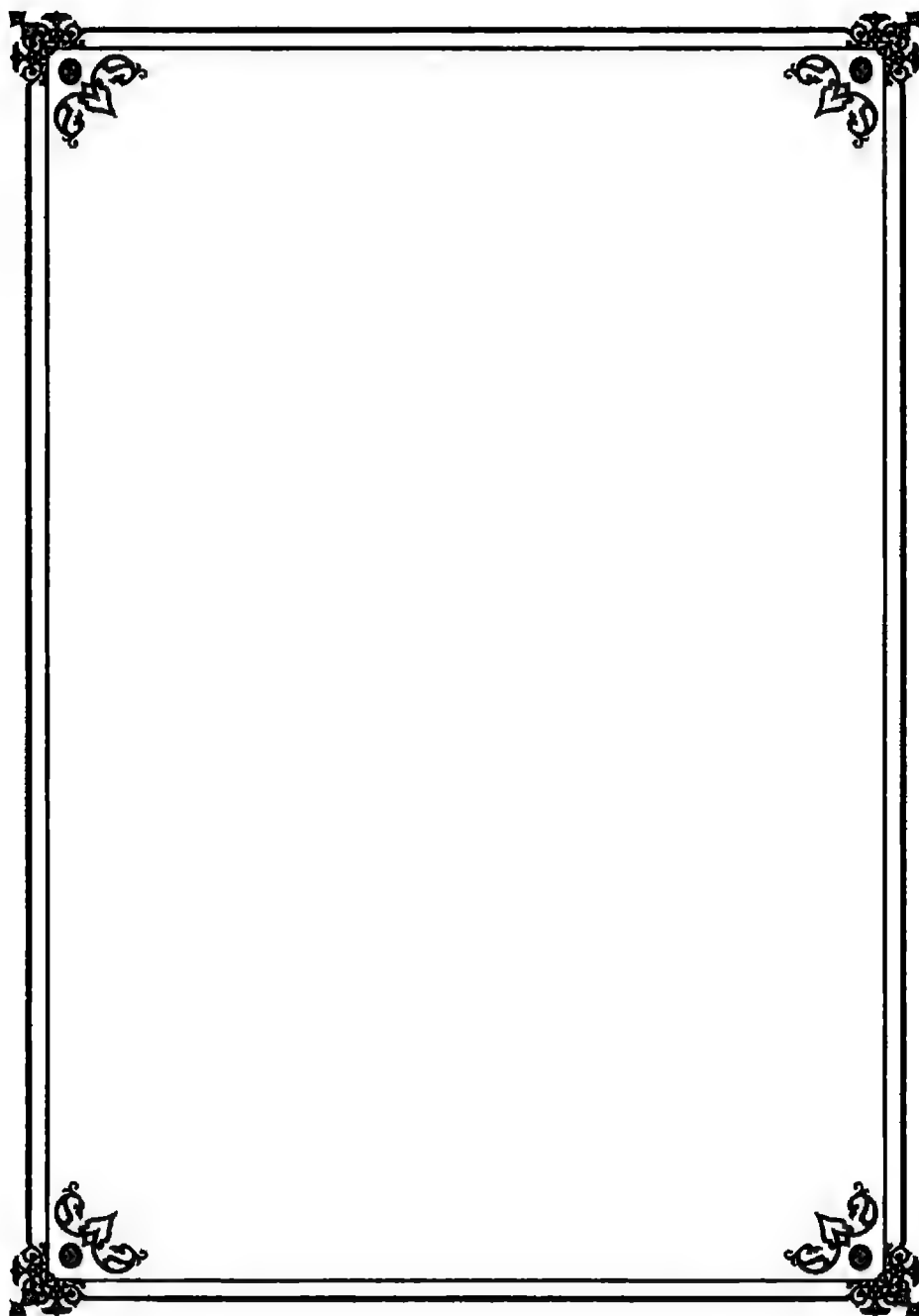
(٤) «فتاوى قاضيه خان» ١٤٧/٦، و«الهداية» ٣٧٨/٤، و«الاختيار» ٣٤٠/٢، و«البحر الرائق» ١٧٠/٨، و«اللباب» ١٠٥/٤.

قال: (أو أصابني إلى موضع كذا ولم يسلمه إليّ ولم يشهد بالاستيفاء وكذّبه الآخر تحالفاً وفسخت).

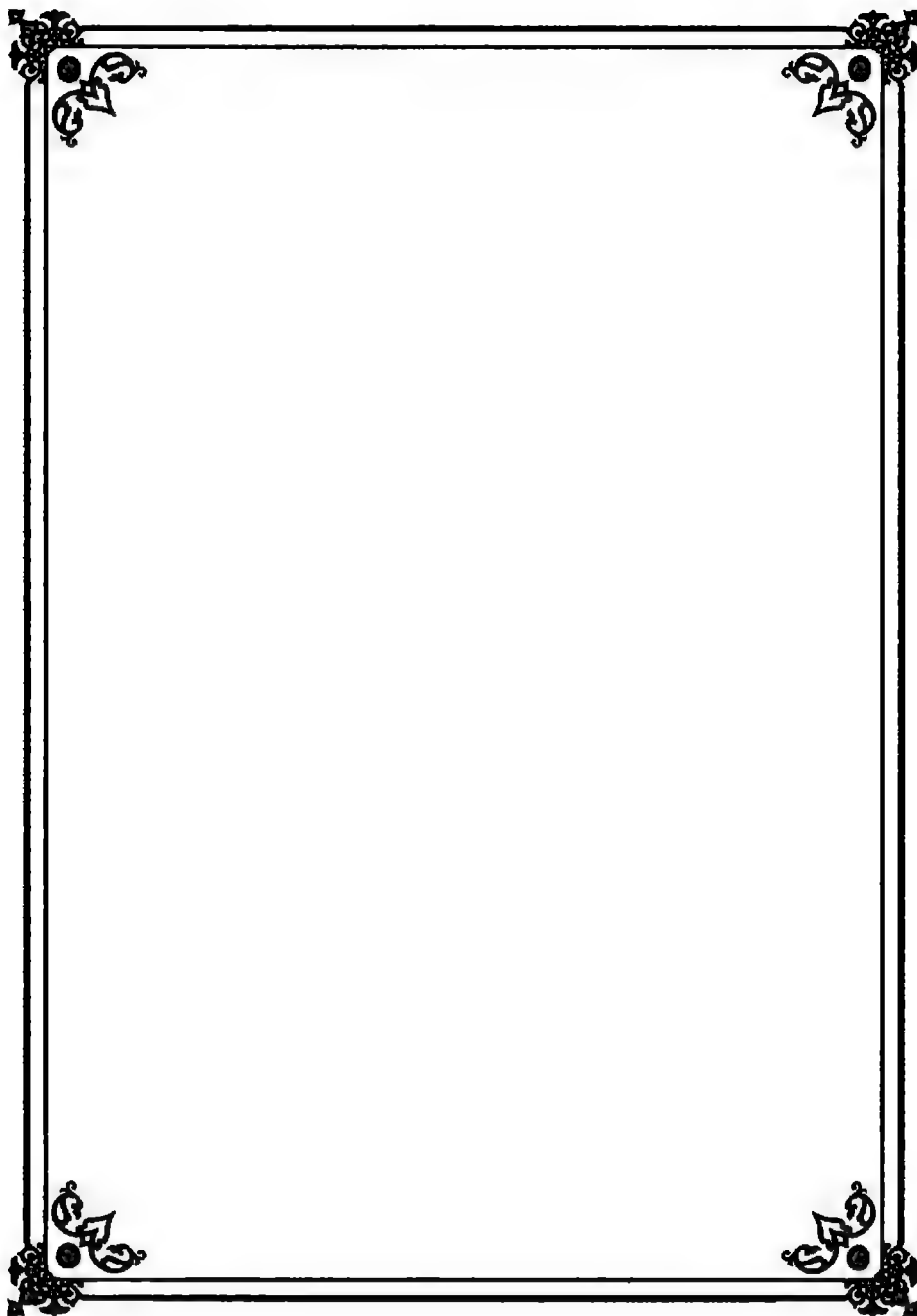
لأنهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان ذلك نظير الاختلاف في مقدار المبيع، وقد مرّ الكلام في ذلك في كتاب الدعوى^(١).



(١) «فتاوى قاضيخان» ١٤٧/٦، و«المبسوط» ٦٦/١٥-٦٧، و«الهداية» ٣٧٨/٤-٣٧٩، و«الاختيار» ٣٤٠/٢، و«اللباب» ١٠٥/٤.



كِتَابُ الْإِكْبَرَةِ



كتاب الإكراه (١)(٢)

قال: (ويثبت حكمه إذا حصل من قادرٍ على إيقاع ما توعده به مطلقًا وخاف المكره وقوعه).

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعده به سلطانًا كان أو غيره، وهذا معنى الإطلاق، وكما يشترط القدرة على إيقاع المكره لما توعده به. يشترط خوف المكره وقوع ما تهدده به بأن يغلب على ظنه أن المكره يفعله؛ ليصير محمولًا على الفعل بواسطة الخوف^(٣).

وهذا الباب من الزوائد، وقد أطلق في الكتاب أن الإكراه يثبت حكمه من القادر على ما توعده به، وهذا هو المذكور في «مختصر القدوري»^(٤)، وفي «المنظومة»^(٥) أن الإكراه لا يثبت حكمه عند أبي حنيفة^(٦) إلا إذا صدر من السلطان وأطلقا ذلك. إلا أن الصحيح أن الاختلاف في ذلك، اختلاف زمان، فقد كانت القدرة والمنعة في زمن أبي حنيفة^(٧) رحمته الله

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهرة، وهو وجود معنى الجبر في كل منهما «المستجمع شرح المجمع» ٧١٦.

(٢) الإكراه هو الإرغام والقهر وحمل إنسان على تصرف أو امتناع عن تصرف بغير رضاه بغير حق.

«المصباح المنير» ص ٣١٦، مادة كره، و«معجم الفقهاء» ٦٦/، مادة إكراه.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٥-٤٠٦، و«فتاوى قاضيخان» ٦/ ١٢٧، و«الهداية» ٣٠٨/٤، و«الاختيار» ٣٧٢/٢، و«اللباب» ١٠٧/٤.

(٤) «الكتاب» ١٠٧/٤-١٠٨.

(٥) «المنظومة» لوحة (٤٠).

(٦) «المبسوط» ٤٢/٢٤، و«اللباب» ١٠٧/٤-١٠٨.

(٧) «الاختيار» ٣٧٢/٢، و«البحر الرائق» ٨٠/٨.

مخصوصةً بالسلطانٍ ثم تغيرَ ذلك في زمانهَمَا، والإكراهُ عبارةٌ عن فعلٍ يوقعه الإنسانُ بغيرِهِ ينتفي به رضاه أو يفسدُ به اختيارُهُ مع بقاء أهليته، وهذا لا اختصاصَ له بالسلطانِ أو غيره.

قال: (وإذا أكرهَ على بيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ أو إقرارٍ بقتلٍ أو ضربٍ شديدٍ أو حبسٍ ففعل خَيْرٌ بين إمضائه وفسخه).

إذا أكره الرجلُ بقتلٍ، أو ضربٍ شديدٍ، أو حبسٍ على أن يبيعَ دارَهُ، أو يشتري سلعةً، أو يقرَ لزيدٍ بألفٍ، أو يؤجرَ دارَهُ ففعل كان مخيراً^(١) أن يمضي البيعَ والشراءَ والإجارةَ وبين أن يفسخَ العقدَ ويستردَّ المبيعَ والمستأجرَ ويردَّ المشتري.

وقوله: (بضربٍ شديدٍ) يشيرُ به إلى أنه إذا أكرهَ بضربٍ سوطٍ أو حبسٍ يومٍ أو قيدٍ يومٍ لم يكن مجبراً؛ لأنَّ ذلك لا يبالي به من حيث العادة، فلا يتحقق الإكراهُ إلّا إذا كان الرجلُ ذا منصبٍ يعلمُ أنه يستضرُّ بذلك فيتحقق الإكراهُ^(٢) لفوات الرضا. والعلةُ في إثبات الخيارِ أنَّ صحةَ هذه العقودِ بعهدِ التراضي قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّمًا عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والإكراهُ بهذه الأشياءِ بعدمِ الرضا فيفوت شرطُ صحةِ العقدِ فيفسدُ. وأمّا الإقرارُ فكذلك لأنه حجةٌ مرجحةٌ لجانبِ الصدقِ على الكذبِ، فإذا أكرهَ أحتملَ أنه يكذبُ في إقراره؛ دفعاً لضررِ الإكراهِ عنه^(٣) فلا يثبت^(٤).

(١) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) في (ب): (الرضا). (٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٣٠/٤ - ٣٠٩، و«الاختيار» ٣٧٢/٢ - ٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨٠/٨، و«اللباب» ١٠٨/٤.

قال: (وإن قبضَ الثمن أو سلّم المبيع لا الهبة طوعًا كان
إمضاءً).

لأن القبض طوعية دلالة على الإجارة كما في البيع الموقوف، وكذلك تسليم المبيع دلالة الإجارة، إذا كان الإكراه على نفس المبيع لا على تسليم المبيع فظاهر أنه لا يكون دليل الرضا مع الإكراه عليه على أنه قد سبق أن الإكراه على البيع^(١) وأما الهبة فإن الإكراه إذا وقع على نفس الهبة فوهب وسلّم طوعًا لم يكن التسليم دلالة الرضا؛ لأن غرض المكروه إنما هو استحقاق الموهوب^(٢) له لا مجرد لفظ الهبة، والاستحقاق لا يثبت في الهبة بدون التسليم، وكان التسليم في الهبة داخلًا في الإكراه، والاستحقاق في البيع ثبت بنفس العقد، فلم يكن التسليم فيه داخلًا في الإكراه فافترقا.

والمسألتان زائدتان^(٣).

قال: (فإن قبضةً مكرهاً رده إن كان قائمًا).
لفساد العقد^(٤).

(١) ساقط من الأصل والمثبت من (ب): (وفي (ج): (المبيع).

(٢) في (ج): (الموصوف).

(٣) «المبسوط» ٩٣/٢٤، و«فتاوى قاضيه خان» ١٢٨/٦، و«الهداية» ٣٠٩/٤، و«اللباب» ١٠٨/٤-١٠٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٨، و«الهداية» ١٠٩/٤، و«المبسوط» ٩٤/٢٤، و«اللباب» ١٠٩/٤.

قال: (وإن هلك المبيع في يد مشتري غير مكره ضمن قيمته).

إذا كان البائع مكرهًا على البيع والمشتري غير مكره فهل المبيع في يد المشتري ضمن قيمته؛ لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد^(١).

قال: (ويضمن المكره المكره إن شاء).

لأن المكره ينزل منزلة الآلة للمكره في إتلاف ما أكره عليه فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيتخير في تضمين من شاء كالغاصب وغاصب الغاصب وإذا ضمن المكره /١٦٤/ رجع على المشتري بالقيمة؛ لقيامه مقام البائع، وإن ضمن المشتري وقد عقد على المبيع عقود، فكل عقد عقد بعد الضمان فهو نافذ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالضمان فكان بائعًا ملك نفسه فصحت العقود الموجودة بعده، أما العقود الموجودة قبل الضمان فلا نفاذ لها؛ لأنها مستندة إلى وقت القبض ولم يكن مالكا، ولو أجاز المالك المكره عقدا من هذه العقود نفذت العقود التي قبل الإجازة والتي بعدها، والفرق أن عدم النفاذ لحقه، وقد أسقط^(٢) حقه بواسطة الإجازة فعاد الكل إلى الجواز، والنفاذ في الصورة الأولى موقوف على الملك فينفذ من حين وجوده حكما وهو بأداء الضمان^(٣).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٨-٣٠٩، و«فتاوى قاضيان» ١٣٠/٦، و«الاختيار»

٣٧٣/٢، و«البحر الرائق» ٨/٨٢، و«اللباب» ١٠٩/٤.

(٢) في (ب): (شرط).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٩، و«الهداية» ٤/٤٠٩-٤١٠، و«الاختيار» ٣٧٣/٢،

و«البحر الرائق» ٨/٨٢، و«اللباب» ١٠٩/٤.

قال: (وإذا أُكْرِهَ عَلَى شَرْبِ خمرٍ أو أَكَلَ خنزيرٍ بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ، لم يحلَّ حتى يخافَ على نفسه أو عضوه فيُقَدِّمُ، وإن صبرَ حتى حَقَّقَ الوعيدَ، وهو يعلمُ الإباحةَ أثمَ).

وهذا لأنَّ حرمةَ هذه الأشياءِ - أعني: الخنزير والخمرَ والدمَ - أيضًا ثابتة بالنصِّ ولا تبأُحُ إِلَّا عندَ قيامِ الضرورةِ إِلَّا بأنَّ يخافَ على نفسه التلفَ أو على عضوٍ من أعضائه، فإنَّ خافَ على نفسه أو على عضوه بالضربِ أو بالقيدِ، وغلبَ على ظنِّه ذلكَ أبيحَ له الإقدامُ عليه، (ولا يصحُّ له)^(١) أن يصبرَ على ما توعَّدَ به، وإن صبرَ على ذلكَ ولم يأكلْ ولم يشربْ حتى أوقعوا به ذلكَ أثمَ؛ لأنَّه لما تحققتِ الضرورةُ صارت تلكَ الأشياءُ مباحةً له، فبالامتناعِ عن المباحِ صار معيَّنًا لغيره على إتلافِ نفسه فيأثمُ كما في حالةِ المخمصة. وعن أبي يوسفَ رحمته الله أنه لا يأثمُ؛ لقيامِ المحرِّمِ، فكان الإقدامُ رخصةً وقد تمسَّكَ بالعزيمة. والجوابُ أنَّ حالةَ الضرورةِ مستثناة بالنصِّ والاستثناء تكلم^(٢) بالباقي بعد الاستثناء^(٣) فكان ذلكَ إباحةً لا رخصةً وإنما زادَ في المتنِ قوله (وهو عالم بالإباحة) لأنَّ الإثمَ متعلِّقٌ بذلك؛ لأنَّه موضعُ خفاءٍ فيعذرُ بالجهلِ فيه كالجهلِ بالخطابِ في أولِ الإسلامِ أو في دارِ الحربِ^(٤).

(١) في (ب): (ولا يسعه).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) في (ب): (الثيا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٦، و«فتاوى قاضىخان» ١٢٩/٦، و«المبسوط»

٤٧/٢٤-٤٨، و«اللباب» ١١٠/٤.

قال: ((أو على الكفر أو سب النبي ﷺ بما يخاف منه على نفسه أو عضوه أقدم مطمئناً قلبه بالإيمان ولا إثم، وإن صبر أجز)).

إذا أكره على^(١) أن يكفر بالله تعالى، أو على سب النبي ﷺ بضرب أو حبس أو قيد^(٢) لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بما يخاف على نفسه الهلاك أو على عضو من أعضائه؛ لأننا لم نعتبر ذلك في حق تناول الخنزير وشرب الخمر، فلأن لا يعتبر في الإكراه على الكفر - وحرمة أغلظ - أولى، فإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر بلسانه ما أكره عليه وقلبه مطمئن بالإيمان ولا إثم عليه إن فعل ذلك؛ لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين أبتلي بذلك فقال له النبي ﷺ: «كيف وجدت قلبك؟» قال: مطمئناً بالإيمان، قال: «فإن عادوا فعد»^(٣) وفيه نزلت: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

ولأن الإيمان حقيقة هو التصديق بالقلب وبإظهار الكفر لا يفوت ما هو الركن الأصلي وهو التصديق القلبي، وفي الصبر حتى تحقق الوعيد فوات النفس أصلاً، فيسعه أن يرجح جانب البقاء مع بقاء الإيمان، وإن صبر حتى حقق الوعيد ولم يقدم على إظهار الكفر كان مأجوراً عند الله تعالى؛ لحديث خبيب رضي الله عنه لما صبر على ذلك ولم يقدم عليه حتى صلب سماء رسول الله ﷺ سيد الشهداء، وقال ﷺ في

(١) من (ب).

(٢) في (ج): قتل.

(٣) رواه الحاكم في «المستدرک» ٣٥٦/٢ وقال: صحيح على شرط الشيخين.

ورواه أيضاً أبو نعيم في «الحلية» ١/١٤٠، وهو مرسل.

مثله : « هو رفيقي في الجنة »^{(١)(٢)}.

والفرق بين هذا وبين ما قبله أنَّ الحرمة في الخنزير والخمر مستثناة حالة المخمصة والضرورة فتثبت الإباحة بالاستبقاء^(٣)، والصبر على ترك فعلٍ مباحٍ إلى حين الهلاك إنَّه، وحرمة الكفر وسب النبي ﷺ لا يباح بحال، فكانت الحرمة قائمة وقت الإكراه، فكان الصبر أخذًا بالعزيمة، فيؤجر الصابر الآخذ بالعزيمة^(٤).

قال : (أو على إتلاف مالٍ مسلمٍ بما ذكر أقدم).

لأنَّ مالَ الغيرِ مباحٌ عند الضرورة المبيحة، كما في حالة المخمصة، فإذا أكره على ذلك بما يخاف منه على نفسه أو على عضوٍ من أعضائه تحققت الضرورة المبيحة، فوسعه الإقدام^(٥).

قال : (ويضمَّن المالكُ المُكرهَ).

لصاحب المالِ أن يضمَّن المُكرهَ؛ لأنَّ المُكرهَ ينزلُ منزلة الآلة من المُكره مما يصلحُ آلة له، والإتلافُ بما يصلحُ آلة فيه فيضمَّن المُكره^(١).

(١) «المبسوط» ٤٣/٢٤-٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٣٠-١٣١، و«الهداية» ٤/٣١٠-٣١١، و«اللباب» ٤/١١٠-١١١.

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي عن عمر بن جارية الثقفي عن أبي هريرة.
قال صاحب «نصب الراية»: حديث غريب. والمعروف في قوله ﷺ: «سيد الشهداء»: أنه في حمزة. رواه الحاكم في المستدرک. «نصب الراية» ٤/١٦٠.
(٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ٤٨/٢٤، و«الهداية» ٤/٣١٠، و«الاختيار» ٢/٣٧٤، و«البحر الرائق» ٨/٨٢.

(٥) «المبسوط» ٥٩/٢٤، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٣١، و«الهداية» ٤/٣١١، و«اللباب» ٤/١١١.

قال: (أو على قتله بقتل لم يقدم (على ذلك)^(١)، فإن فعل أئتم).

إذا أكرهه بالقتل على قتل مسلم لم يسعه أن يقدم على ذلك، لأن قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما، فكذا في الإكراه^(٢).

قال: (ولا يوجب عليهما قصاصاً فيوجهه على المكروه إن كان عمداً لا عليهما).

قال أبو حنيفة^(٣) ومحمد^(٣) رحمهما الله: إذا أكره زيد عمراً على قتل خالد فقتله يجب القصاص على زيد.

وقال أبو يوسف^(٣) رحمه الله لا يجب عليه ولا على عمرو. قال الشافعي^(٤) رحمه الله يجب عليهما.

له: أن عمراً قاتل بالمباشرة وزيداً قاتل باعتبار التسبب^(٥) وهو حملة عليه، وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده، كما في شهود القصاص.

ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل مقصور على عمرو نظراً إلى التأنيم ويضاف إلى زيد نظراً إلى الحمل عليه فتمكنت الشبهة في كل منهما

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٩-٤١٠، و«المبسوط» ٤٦/٢٤، و«الاختيار» ٣٧٥/٢-٣٧٦، و«اللباب» ١١١/٤.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٩-٤١٠، و«الهداية» ٣١١/٤، و«البحر الرائق» ٨٤/٨-٨٥، و«إيثار الإنصاف» ص ٧٥٨-٧٥٩، و«اللباب» ١١٢/٤.

(٤) «المهذب» ١٧٨/٢، و«التنبيه» ص ٢١٤، و«الوجيز» ١٣٢/٢، و«روضة الطالبين» ١٠/٧.

(٥) في (ب): (السبية).

فسقط القصاصُ /١٦٤ب/ فوجبَ الديةُ ولا تتحملها العاقلةُ؛ لأنَّه عمدٌ قال ﷺ: « لا تعقلُ العاقلةُ عمدًا ولا أعترافًا »^(١).

ولهما: أنَّ عمرًا ينزلُ منزلةَ الآلةِ لزيدٍ مما يصلحُ آلةٌ له فيه، فإنَّه محمولٌ على القتلِ لمحبَّتهِ لحياةِ نفسه، وهو في القتلِ صالحٌ لكونه آلةً له، كما لو ألقاهُ عليه فقتلَهُ، ولا يصلحُ آلةٌ له في الحياةِ^(٢) على الدين، فبقي الفعلُ مقصورًا^(٣) عليه في حقِّ الإثمِ، كما قلنا في إكراهِ المجوسيِّ على ذبحِ شاةٍ الغيرِ ينتقلُ الفعلُ إلى المكرِه في الإتلافِ دون الذكاةِ حتى يحرمَ^(٤).

قال: (أو على قطع يده ففعل ثم قطع رجله طوعًا فمات بوجِبُ الدية في مالهيهما وأوجبَ القصاصَ عليهما).

رجل أكره رجلًا بما تقدم على أن يقطعَ يَدَ إنسانٍ فقطعَ يده ثم قطعَ رجله غيرَ مكرِه، فمات المقتوَعُ من ذلك.

(١) قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٣١/٤-٣٢: قال الرافعي: هذا الحديث تكلموا في ثبوته.

قال ابن الصباغ: لم يثبت متصلًا: وإنما هو موقوف على ابن عباس. وفيه نظر فقد روى الدارقطني ١٧٨/٣ من حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: « لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئًا » وإسناده واه فيه محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب وفيه الحارث بن نبهان وهو منكر الحديث. وله شواهد لا تخلو من نظر.

(٢) في (ب) و(ج): (الجنائية).

(٣) في (ب): (متصورًا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٩-٤١٠، و«الهداية» ٣١١/٤، و«البحر الرائق» ٨/٨٤-

٨٥، و«إثارة الإنصاف» ص ٧٥٨-٧٥٩، و«اللباب» ٤/١١٢.

قال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(٢) رحمهما الله: يجبُ القصاصُ على القاطعِ والمُكرِه.

وقال أبو يوسف^(٣) رحمته الله: تجبُ الديةُ في ماليهما وهذا الخلافُ بناءً على ما تقدّم.

قال: (ولو قال: أقتلني ففعلَ أَقْتَصَّ منه في روايةٍ ومنعناه في أخرى وتجبُ في مالِهِ الديةُ في أخرى).

رجلٌ قال لآخر: أقتلني فقتلهُ فيه ثلاثُ رواياتٍ عن أصحابنا: الأولى: وجوبُ القصاصِ وهي من الزوائد، وهو قولُ زفر^(٢) رحمته الله. والثانية: منعُ القصاصِ والديةِ جميعًا خلافاً له^(٢).

والثالثة: وجوبُ الديةِ في مالِ القاتلِ وجهُ الأولى أنَّ الإذنَ في القتلِ ما تصادف محلهُ فإنَّ الإباحةَ لا تجري في الدماءِ، فصار قتلاً بغيرِ إذنٍ وموجبُهُ القصاصُ، وجهُ الثانية: إلحاقُ النفسِ بالمالِ باعتبارِ أنَّ كلاً منهما حقُّه، فإذا أتلَفَه بإذنه فقد أتلَفَ ما هو حقُّه عن إذنه فكان هدرًا كالمالِ، وجهُ الثالثة: الفرقُ بين النفسِ والمالِ من جهةِ جريانِ الإباحةِ في المالِ دونِ النفسِ، ولما كان الإِتلافُ مضافاً إلى صورةِ الإذنِ^(٣) أوجبَ ذلك شبهةً مانعةً عن القصاصِ فوجبَت الديةُ في مالِهِ؛ لكونه عمدًا والعاقلةُ لا تتحملُ العمدُ^(٤).

(١) «المبسوط» ١٣٢/٢٤، و«فتاوى قاضيان» ١٣٢/٦، و«البحر الرائق» ٨٨/٨.

(٢) «المبسوط» ٩٢-٩١/٢٤، و«البحر الرائق» ٨٨/٨.

(٣) في (ب): (الأول).

(٤) «المبسوط» ٩٢-٩١/٢٤، و«البحر الرائق» ٨٨/٨.

قال: (أو تردّ من الجبلِ وإلا قتلْتُكَ ففعلَ، فالديةُ على عاقلةِ المُكرِه ويَجْعَلُها في مالِه وأوجبَ القصاصَ).

رجل أكرهه رجلاً على أن يتردى من جبل ففعلَ (فالدية)^(١) على عاقلة من أكرهه عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢).

وقال أبو يوسف رحمته الله^(٢): تجبُ الديةُ في مالِه.

وقال محمد رحمته الله^(٢): يجبُ القصاصُ وأصلُ هذا الخلافِ القتلُ بالمثلِ وهذا في معنى القتلِ بالمثلِ، والحكمُ في القتلِ بالمثلِ عند أبي حنيفة رحمته الله^(٣) وجوبُ الديةِ على العاقلةِ فكذا ههنا، وعند محمد رحمته الله^(٢) وجوبُ القصاصِ فيه فكذا ههنا.

وعند أبي يوسف رحمته الله^(٢) أنَّ الحاصلَ بطريقِ الإكراه لا يوجبُ القصاصَ، فكان موجبةُ الديةِ عليه.

قال: (ولو أكرهه بقتلٍ على تردّ أو أقتحامِ نارٍ أو ماءٍ وكلِّ مهلك، فله الخيارُ في الإقدامِ والصبرِ وأمره بالصبرِ، ولو وقعتْ نارٌ في سفينةٍ إن صبرَ أحرقتْ وإن ألقى نفسه غرقَ فإليه الخيارُ وأمره بالثباتِ).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٤): إذا أكره الإنسانُ بالسيفِ على إهلاكِ نفسه بتردّ

(١) في (ب) و(ج): (وجبت الدية).

(٢) «المبسوط» ٢٤/٦٧-٦٨، و«الاختيار» ٥/٤٨٣، و«البحر الرائق» ٨/٨٨.

(٣) «السير الكبير» ٤/٢٤٨-٢٤٩، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٩٣، و«مختصر اختلاف

العلماء» ٣/٤٤٦-٤٤٧، و«المبسوط» ٢٤/٦٧-٦٨، و«البحر الرائق»

٨/٨٨.

(٤) «السير الكبير» ٤/٢٤٨.

من جبلٍ أو دخولٍ نارٍ أو بحرٍ فإليه الخيارُ، إن شاء فعلَ ذلك، وإن شاء صبرَ حتى يقتلَ.

وقالاً^(١): يصبرُ ولا يفعلُ. وأصلُ هذه المسألة ما ذكرَ في «السير الكبير» إذا وقعت نارٌ في سفينةٍ وعلمَ من فيها أنهم إن صبروا أهلكتهم النارُ وإن ألقوا أنفسهم في البحرِ غرقوا تخيروا عن أبي حنيفة^(٢) رحمته الله بين أن يصبروا وبين أن يلقوا أنفسهم. وقال محمد^(١) رحمته الله: (يصبرُ ولا يلقي نفسه)^(٢).

وعن أبي يوسف^(١) روايتان، ولما بين المسألتين من العلاقة قرنتها بها. لهما أنه في مباشرة هذا الفعل سعى في إهلاك نفسه فوجب الصبرُ تحامياً عن ذلك. وله أنه قد أتت بليتين متساويتين في الإفضاء إلى الهلاك فيكون له اختيار ما هو الأھون عنده، وإن كانت المباشرة سعيًا في الإهلاك فالصبرُ سعيًا في الإهلاك فاستويا، ثم إذا ألقى نفسه في النارِ يجب القصاصُ عند أبي حنيفة على مَنْ أكرهه لموضع الإكراه والاضطرار إلى الإلقاء، فكان مضافاً إليه. وعندهما: لا قصاص؛ لأنه مختارٌ في إلقاء نفسه^(١).

قال: (أو على طلاقٍ أو عتاقٍ وقعَ ورجعَ بقيمة العبدِ على المكرِه وبنصفِ المهرِ إن كان قبلَ الدخولِ).

إذا أكره الرجلُ على طلاقِ امرأته أو عتقِ عبده وقعَ، وقد مرَّ ذلك في الطلاقِ، ويرجعُ المولى على مَنْ أكرهه بقيمة العبدِ؛ لأنه صالحٌ أن يكون

(١) «السير الكبير» ٢٤٨/٤-٢٤٩، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٩٣، و«مختصر اختلاف

العلماء» ٤٤٦/٣-٤٤٧، و«المبسوط» ٢٤/٦٧-٦٨، ٧٦-٧٧، و«البحر الرائق»

٨٨/٨.

(٢) في (ج): (يصبروا ولا يلقوا أنفسهم).

آلة له من حيث إتلاف المالية فأضيف الإتلاف إلى المكروه، فوجب ضمانه عليه مطلقاً سواء كان موسراً أو معسراً ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب حيث تحتبس مالية العبد عنده فتجب تخريباً له إلى الحرية أو لتعلق حق الغير به، ولم يوجد ههنا واحد منهما، وإذا ضمن المكروه لا يرجع على العبد بما ضمنه؛ لأنه هو المؤاخذ بإتلافه فامتنع الرجوع وفي المرأة يرجع بنصف المهر إن كان الطلاق قبل الدخول، وهذا فيما إذا كان في العقد مهر مسمى، فأما إذا لم يكن فيه مهر مسمى رجع على المكروه بما لزمه من المتعة؛ وهذا لأن (فاعليه كان)^(١) على شرف المنقوط بأن جاءت الفرقة من قبل المرأة فتأكد / ١١٦٥ / الوجوب بالطلاق، فكان ذلك إتلاًفاً للمال من ذلك الوجوه فأضيف إلى المكروه من حيث إنه إتلاف، وإنما قيد بما قبل الدخول؛ لأنه إذا دخل بها تقرّر المهر بالدخول لا بالطلاق فلم يكن الطلاق بعد الدخول مقرراً شيئاً فلم يجب الرجوع به^(٢).

قال: (أو على إعتاق نصفه فاعتق كله فهو مختار أو على كله

فاعتق نصفه فالمكروه ضامن لنصفه وقالوا: لكله).

رجل أكره رجلاً على إعتاق نصف عبيد فاعتق كله قال أبو حنيفة: هو مختار فيما فعل غير مكروه عليه.

وقالوا: هو مكروه وإن أكرهه على إعتاق كله فاعتق نصفه.

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ٢٤ / ٦٢-٦٣، و«الهداية» ٤ / ٣١١-٣١٢، و«الاختيار» ٢ / ٣٧٣-٣٧٤،

و«البحر الرائق» ٨ / ٨٨، و«اللباب» ٤ / ١١٢-١١٣.

قال أبو حنيفة^(١): يضمنُ الذي أكرههُ نصفَ العبدِ
وقال^(٢): يضمنُ^(٣) كلُّهُ وهاتانِ المسألتانِ من فروعِ تجزئِ الاعتاقِ،
وقد مرَّ الكلامُ فيه.

قال: (أو على الردة لم تبئن أمراًته منه).

إذا أكره الرجلُ على الردة -والعيادُ بالله- لم تبئن أمراًته منه لأنَّ الردةَ
تتعلقُ بالاعتقادِ ولهذا فإنه لو كان قلبُهُ مطمئناً بالإيمانِ لم يكفرْ لكنَّ احتمالَ
اشتمالِهِ على الردةِ حقيقةً قائمٌ فوقَ الشكِّ في حصولِ الردةِ حقيقةً فلا تثبتُ
اليمينُ بالشكِّ، والنكاحُ ثابتٌ بيقينٍ فلا يرتفعُ به، وهذا بخلاف ما لو أكرهَ
على الإسلامِ حيث يصيرُ مسلماً؛ لأنَّ الإسلامَ مرجَّحٌ مع قيامِ الاحتمالِ؛
لأنَّه يعلو ولا يعلو.

وهذا بيانُ الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقِدِ الإسلامَ
فليس بمسلمٍ، ولو أكرهَ على الإسلامِ فليسَ بمسلمٍ، ولو أكرهَ على الإسلامِ
وحكمَ به ثم رجعَ لم يقتل؛ لأنَّ الشبهةَ قائمةٌ وهي دائرةٌ للحدِّ (والله
أعلم)^{(٣)(٤)}.



(١) «المبسوط» ٢٤/٦٢-٦٣، و«الهداية» ٤/٣١١-٣١٢، و«البحر الرائق» ٨/٨٨،
و«اللباب» ٤/١١٢-١١٣.

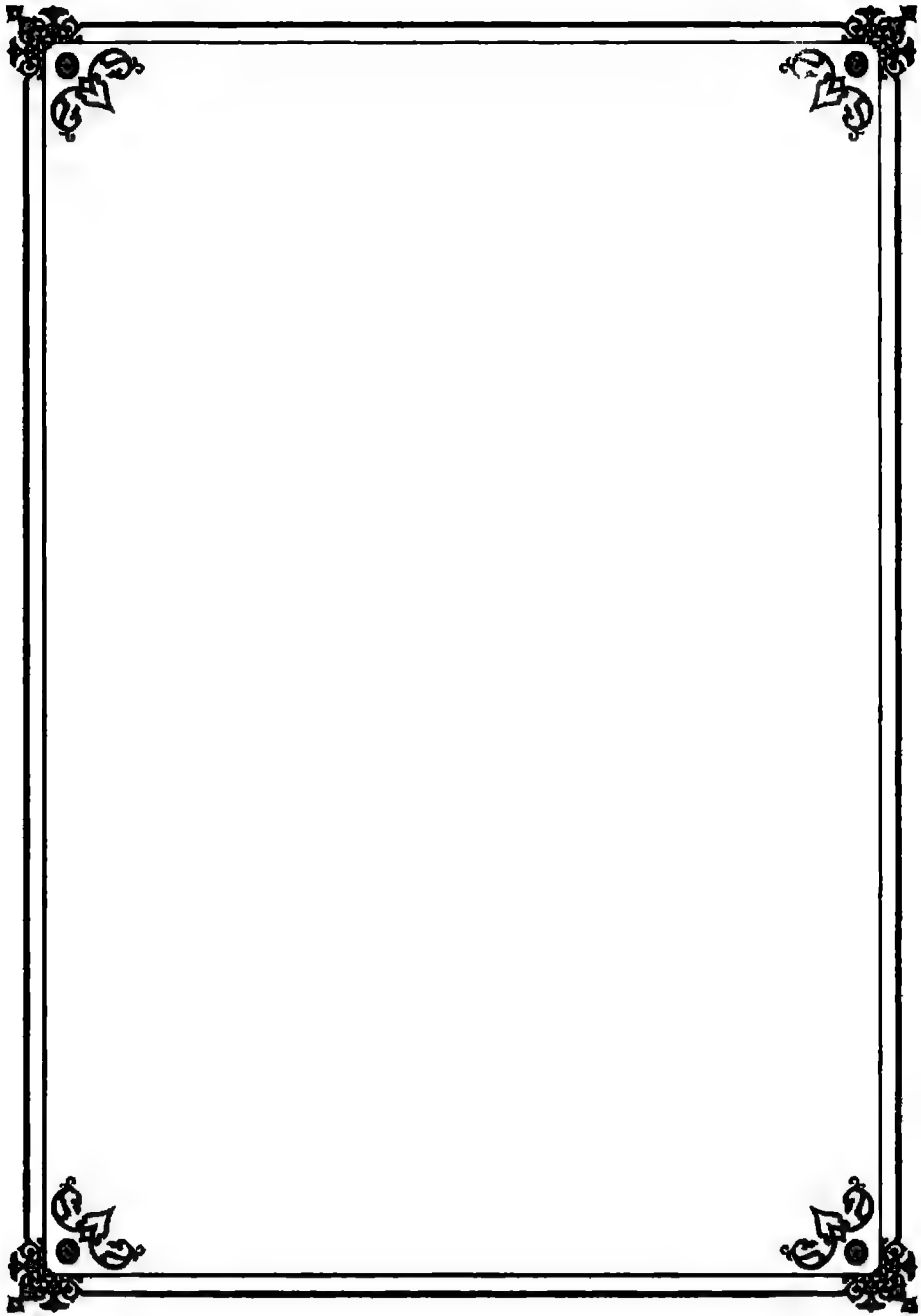
(٢) من (ج).

(٣) «المبسوط» ٢٤/٦٦، و«الهداية» ٤/٣١٢-٣١٣، و«الاختيار» ٢/٣٧٦، و«البحر
الرائق» ٨/٧٨-٨٨، و«اللباب» ٤/١١٤.

(٤) من (ج).

٤٨

كتاب التفسير



كتاب السير^(١)

السيرُ: جمعُ سيرةٍ وهي الطريقةُ سواء كانت خيراً أو شراً، يقال: فلانٌ محمودُ السيرة، وفلانٌ مذمومُ السيرة، وسمي هذا الكتابُ بالسيرِ؛ لأنه يجمعُ سيرَ رسولِ الله ﷺ وطريقتهُ في الغزو؛ وسيرَ الصحابةِ وما نُقلَ عنهم في ذلك^(٢).

قال: (يفترضُ الجهادُ على الكفاية).

أما أصلُ الفرضيةِ فبقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ﴿فَقَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] وإلى ما شابه ذلك من الآياتِ المشتملةِ على الأمرِ بقتالِ الكفارِ، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرتُ أن أقاتلَ الناسَ حتى يقولوا لا إلهَ إلا الله»^(٣)، وقوله ﷺ: «الجهادُ ماضٍ منذ بعثني الله إلى يومِ القيامةِ حتى تقاتلَ عصابةٌ من أمتي الدجال»^(٤).

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث تحقق معنى تحمل المشقة في كل منهما أما في الإكراه فلا شك أن المكروه يتحمل مشقة المكروه، أما في السير فظاهر لأن الجهاد تحمل عين المشاق.

«المستجمع شرح المجمع» ٧٢٧.

(٢) «طلبة الطلبة في الأصطلاحات الفقهية» ١٦٥.

(٣) رواه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٢٠).

(٤) رواه أبو داود (٣٥٣٢) وأبو يعلى ٢٨٧/٧ (٤٣١١، ٤٣١٢)، وسعيد بن منصور في «سننه» ١٤٣/٢ (٢٣٦٧)، والبيهقي ١٥٦/٩ وضعفه الألباني في «ضعيف أبي داود».

وعلى الفرضية^(١) أن عقد إجماع الأمة، وكان ﷺ إذا بعث جيشاً أو سرية أوصى أميرهم بتقوى الله وقال: «اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدًا، وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم إلى ثلاث خصال: إلى الإسلام، فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم، وإن أبوا فادعوهم إلى إعطاء الجزية، فإن أبوا فانبذوا إليهم -أي: أعلموهم بالقتال- وإن حاصرتم حصنًا أو مدينةً فأرادوكم أن تركوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم، فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم ولكن أنزلوهم على حكمكم ثم (أقضوا فيهم)^(٢) ما رأيتم، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذلك، فإنكم لا تدرون ما ذمة الله وذمة رسوله فيهم، ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله»^(٣)، وإخفار الذمة: نقضها، وأما الكفاية فلأن الجهاد في ذاته هدم البنية الآدمية فلم يكن فرضاً لعينه^(٤) بل كان لمعنى اقتضائه، وهو اشتمال ذلك على إعزاز دين الله ورفع الفساد والكف عن العباد، فإذا حصل ذلك المقصود بالبعض سقط عن الباقي كرد السلام، وإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه؛ لأن الوجوب على الكل، وقد أحلوا به، ولأن الكل لو اشتغلوا بالجهاد أفضى إلى تعطيله؛ لانقطاع مادة الجهاد من الكراع والسلاح وغير ذلك وإلى انقطاع مصالح

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨١، و«الهداية» ٤٢٦/٢، و«الاختيار» ٣٥٩/٤، و«اللباب» ١١٤/٤.

(٢) في (ج): (قطعوا منهم).

(٣) رواه مسلم (١٧٣١) من حديث بريدة بن الحصيب.

(٤) من (ج).

العالم من الزراعة والصنائع^(١).

قال: (وإن كان النفير عامًا فعلى الأعيان).

لقوله تعالى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] والنفير العام أن يحتاج إلى جميع المسلمين فلا يحصل المقصود من الجهاد حينئذ ببعضهم، فتعين على الكل إقامته كالصلاة. وقال في «الجامع» الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم. فأول هذا الكلام إشارة إلى فرض الكفاية وآخره إلى النفير العام^(٢).

قال: (ويجب قتال الكفار وإن لم يبدؤوا).

لما مر من النصوص العامة^(٣).

قال: (ولا يجب على صبي ولا عبد ولا امرأة ولا أعمى

ولا مقعد ولا أقطع).

أما الصبي فلعدم الخطاب، وأما العبد والمرأة فلاشتغالهما بخدمة المولى أو الزوج، وعند تعارض حقي العبد والشرع يقدم حق العبد بإذن الشرع؛ لحاجته.

وأما الأعمى والمقعد والأقطع فلعجزهم اللازم^(٣) وفيهم نزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ﴾. الآية [النور: ٦١].

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨١-٣٨٢، و«الهداية» ٤٢٦/٢، و«الاختيار» ٣٥٩/٤، و«اللباب» ١١٤-١١٥.

(٢) «فتح القدير» ٤٣٩/٥، و«الاختيار» ٣٦٠/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٤١/٣، و«البحر الرائق» ٧٧/٥.

(٣) «الهداية» ٤٢٦/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٤١/٣، و«البحر الرائق» ٧٧/٥، و«اللباب» ١١٥/٤.

قال: (وإذا هجم العدو / ١٦٥ب / تعين على الكل دفعه، تخرج المرأة والعبد بغير إذن).

لأن العدو إذا هجم وغلب فقد صار الجهاد فرض عين فتعين على الكل دفعه عنهم، وحق العبد لا يظهر في مقابلة فرض العين كالصلاة والصيام، بخلاف ما قبل هجوم العدو وحصول النفير، فإن الفرض متوجه على الكفاية وبغيرهما يقنع فلم تتحقق الضرورة إلى إبطال حق السيد والزوج^(١).

قال: (ولا بأس بالجعل؛ للحاجة).

الجعل: أن يأخذ الإمام من المسلمين مالا فيعطيه الغزاة، هذا الصنيع مكروه؛ إذا لم يكن بالمسلمين حاجة إلى ذلك ولهم فيء؛ لأن ذلك شبيه بالأجرة ولا ضرورة إلى ذلك؛ لأن بيت المال معد لحاجات المسلمين، أما إذا لم يكن لهم فيء، وهم مضطرون إلى الميرة ومواد الجهاد، وليس لهم شيء. فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا؛ لاشتغال ذلك على دفع الضرر الأقوى بالأضعف، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان^(٢) وكان عمر رضي الله عنه يغزي الأعزب عن ذي الحليفة ويعطي الشاخص فرس القاعد^{(٣)(٤)}.

(١) «الهداية» ٤٢٦/٢، و«الاختيار» ٣٦٠/٤، و«تبين الحقائق» ٢٤١-٢٤٢/٣، و«اللباب» ١١٥/٤.

(٢) رواه أحمد في «مستدركه»، والحاكم في «المستدرک» في البيوع وقال: وله شاهد صحيح. «نصب الراية» ٣٧٧/٣.

(٣) «السير الكبير» ٩٨-٩٩، و«مختصر أختلاف العلماء» ٤٣٦-٤٣٧/٣، و«المبسوط» ١٩-٢٠، و«الهداية» ٤٢٧/٢، و«الاختيار» ٣٦٠/٤.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في أبواب الجهاد، وابن سعد في «الطبقات» في ترجمة عمر بن الخطاب. «نصب الراية» ٣٧٨/٣.

قال: (وإذا حاصر المسلمون أهل الحربِ دعوهم إلى الإسلام).

لما روى ابن عباسٍ أنه ﷺ ما قاتلَ قومًا حتى (دعاهم) إلى الإسلام^(١)، ولإمكانِ إيجابتهم إلى الإسلام، فيحصل المقصودُ بمجردِ الدعوة.

قال: (فإن أسلموا كفوا عنهم).

لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتلَ الناسَ حتى يقولوا: لا إله إلا الله. فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»^(٢)؛ ولأنَّ القتالَ لإعلاء كلمة الحقِّ ودحضِ الشرك، وعند حصولِ المقصودِ يستغنى عن ذلك.

قال: (وإن أمتنعوا دعوهم إلى الجزية إن كانوا من أهلها).

لما روينا من قبلُ واحترزَ بقوله: (إن كانوا من أهلها) عن المرتدين وعبدَةِ الأوثانِ من العربِ؛ لأنَّه لا يُقبلُ منهم إلا الإسلامُ، فلا فائدة في الدعوة إليها لأولئك، ويجبُ أن يعرفَهُم كميَّتها ووقتَ وجوبِها وعلى مَنْ تجبُ لتقطعِ المنازعةُ من بعدُ؛ ولأنَّ القتالَ ينتهي بها قال الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ [التوبة: ٢٩] أي: يقبلوها^(٣).

(١) رواه أحمد ٢٣١/١، ٢٣٦، والدارمي ٢٨٦/٢ (٢٤٤٤) والطبراني ١١/١٣٢،

والحاكم ٦٠/١ وقال: صحيح.

وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٥/٥٥٢: رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني بأسانيد ورجال أحدهما رجال الصحيح.

(٢) متفق عليه، وقد سبق تخريجه.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨١-٢٨٢، و«فتح القدير» ٥/٤٤٤-٤٤٦، و«تبين

الحقائق» ٣/٢٤٢-٢٤٣، و«اللباب» ٤/١١٥-١١٦.

قال: (فَإِنْ بذلوهَا كان لهم ما لنا وعليهم ما علينا).

لقول عليّ عليه السلام: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا.

والمراد بالبذل: القبول. وكذا الإعطاء في الآية. (والله أعلم^(١))^(٢).

قال: (ويجبُ دعاء مَنْ لَمْ تبلغه الدعوة، ويستحبُّ دعاء مَنْ بلغته).

أما وجوب الدعوة لمن لم تبلغه فلما تقدّم من قوله عليه السلام: « فادعهم^(٣) إلى ثلاث خصال: إلى الإسلام... »^(٤)، وفي حديث آخر « إلى شهادة أن لا إله إلا الله »^(٥)؛ ولأنّ في تقديمهم الدعوة إعلامهم أنّ الغرض من قتالهم إنّما هو الدين لا غرض الدنيا، فلعلّهم إذا علموا ذلك أجابوا فكفى الله المؤمنين القتال، ولو قاتلوا قبل الدعاء إلى الإسلام أثموا؛ لموضع النهي عن ذلك ولم يعرضوا^(٦) شيئاً؛ لأنّهم مباحّ الدماء والأموال ولا عاصم لهم من إسلام أو إحراز بدار الإسلام فصار كقتل النساء والصبيان.

وأما استحباب الدعوة لمن بلغته الدعوة^(٧) فللمبالغة في الإنذار، وقد

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨١-٢٨٢، و«فتح القدير» ٤٤٤/٥-٤٤٦، و«تبيين الحقائق» ٢٤٢/٣-٢٤٣، و«اللباب» ١١٥/٤-١١٦.

(٢) من (ج).

(٣) في (ج): (فادعوهم).

(٤) تقدم من حديث بريدة.

(٥) رواه البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (١٩) من حديث ابن عباس.

(٦) في (ج): (يعرفوا).

(٧) من (ب).

صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمِصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُونَ^(١)، فَلَمْ يَكُنْ وَاجِبًا، وَقَدْ عَهِدَ إِلَى أَسَامَةَ أَنْ يُغَيِّرَ عَلَى بَنِي الْأَصْفَرِ صَبَاحًا ثُمَّ يَحْرِقُ نَخْلَهُمْ، وَفِي لَفِظٍ: أَنْ يُغَيِّرَ عَلَى أَبْنَاءِ (هُوَ مَوْضِعٌ)^(٢) بِفِلَسْطِينَ أَوْ قَبِيلَةً. وَالْغَارَةُ^(٣) لَا تَكُونُ مَعَ الدَّعْوَةِ^(٤).

قال: (فَإِنْ أَبَوْا أَسْتَعَانُوا بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ).

لَمَّا تَقَدَّمَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ؛ وَلِحَدِيثِ سَلْمَانَ بْنِ بَرِيدَةَ^(٥): «فَإِنْ أَبَوْا ذَلِكَ فَادْعُوهُمْ إِلَى إِعْطَاءِ الْجِزْيَةِ» إِلَى أَنْ قَالَ: «فَإِنْ أَبَوْهَا فَاسْتَعْنُ بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلْهُمْ..» وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْأَسْتَعَانَةَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِأَوْلِيَائِهِ، وَالْخَاذِلُ لِأَعْدَائِهِ، وَإِلَيْهِ مَقَالِيدُ الْأُمُورِ، وَفِي الْأَسْتَعَانَةِ بِهِ طَلَبُ النِّصْرَةِ مِنْهُ فَيَسْتَعَانُ بِهِ^(٤).

قال: (وَنَصَبُوا الْمَجَانِيقَ وَحَرَّقُوهُمْ وَغَرَّقُوهُمْ وَقَطَعُوا

أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ وَرَمَوْهُمْ، وَإِنْ تَتَرَسَّوْا

بِأَسَارَى الْمُسْلِمِينَ وَقَصَدُوا الْكُفَّارَ).

لَأَنَّ فِي ذَلِكَ إِحْقَاقَ الْكَيْدِ وَالْغِيْظِ بِهِمْ وَتَفْرِيقَ جَمْعِهِمْ وَتَبْذِيرَ شَمْلِهِمْ

(١) رواه البخاري (٢٥٤١)، ومسلم (١٧٣٠) من حديث ابن عمر.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) رواه أبو داود (٢٦١٦)، وابن ماجه (٢٨٤٣) من حديث أسامة.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٤٢٥-٤٢٨، و«المبسوط» ١٠/٦، و«الهداية» ٢/٤٢٧-٤٢٨، و«البحر الرائق» ٥/٨١-٨٢، و«اللباب» ٤/١١٦.

(٥) هو سليمان بن بريدة بن الحُصَيْبِ الْأَسْلَمِي، وثقه يحيى بن معين، وأبو حاتم، والعجلي، روى له الجماعة سوى البخاري، مات سنة خمس ومائة.

انظر: «التاريخ الكبير» للبخاري ٤/٤ (١٧٦١)، و«الجرح والتعديل» ٤/١٠٢ (٤٥٨)، و«تهذيب الكمال» ١١/٣٧٠ (٢٤٩٥).

فيكون مشروعاً، وقد صحَّ أنه ﷺ حَاصِرُ أَهْلِ الطَائِفِ وَرَمَاهُمْ بِالْمَنْجِنِقِ^(١) وكان فيهم المسلمون^(٢)، ولأنَّ بلادَ الحربِ لا تخلو عن آسارى المسلمين وصبيانهم وتجارهم، فلو أمتنع القتالُ لذلك أفضى إلى أمتناعِهِ أصلاً، ولكن لا يقصدون برميهم مسلماً تحرراً عن قتلِ المسلمِ بحسبِ الطاقة، ولأنَّ في ذلك دفعُ الضَّرِّ الأعلى بالأدنى، وإنَّما يقصدون (بالرمي)^(٣) الكفَّارَ دون الأسارى؛ لأنَّ التمييزَ إذا تعذَّر بالفعل فقد أمكن بالقصد، ومن أصيب منهم لم تجب عنه كفارة ولا دية؛ لأنَّ الجهادَ فرضٌ فلو (علقت)^(٤) به غرامةً أفضى إلى الأمتناعِ عن الإقدامِ عليه.

والفرقُ بين هذا وبين المخصصة وإن جمعتِ الضَّرورةُ بينهما أنَّ الضمانَ في الإقدامِ على تناولِ مالِ الغيرِ حالَ المخصصة لا ينتهضُ مانعاً من الإقدامِ لما فيه من إحياءِ النفسِ. وأمَّا الجهادُ فإتلافُ النفسِ فيمتنع (حرازاً من)^(٥) الضَّمانِ ولَمَّا مرَّ ﷺ يريد الطائفَ ١١٦٦/ بدا له قصرُ عمرو بنِ مالكِ النضيري؛ فأمرَ بتحريقه، فلما أنتهى إلى الكرومِ أمرَ بقطعها^(٦).

قال الزهريُّ: وقَطَعَ رسولُ الله ﷺ نخلَ بني النضيرِ وحرَّقَ البيوتَ، ولَمَّا تحصَّنَ بنو النضيرِ من رسولِ الله ﷺ أَمَرَ بقطعِ نخلِهِم وتحريقِهِ،

(١) المنجنيق: هي آلة قديمة من آلات الحصار كانت ترمى بها حجارة ثقيلة على الأسرار فتعهدها. «المعجم الوسيط» ٨٥٥/٢.

(٢) رواه الترمذي بعد حديث (٢٧٦٢) من طريق ثور بن يزيد مرسلًا. وانظر «الدراية» ١١٥/٢ (٦٩٦).

(٣) في (ب): (برميهم). (٤) في (ب): (غرمت).

(٥) في (أ): (حزر)، وفي (ج): (حرز).

(٦) أنظر: «الطبقات» لابن سعد ١٥٨/٢.

فقالوا: يا أبا القاسم ما كنت ترضى بالفساد^(١). فأنزل الله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ رَزَقْتُمْهَا فَآيَمَةً عَلَىٰ أَسْوَئِهَا فَإِذَا نِ اللَّهُ وَلِيٌّ خَيْرٌ مِنَ الْفَاسِقِينَ﴾^(٢) [الحشر: ٥] فتبين أنه لم يكن فسادًا، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا يَطْغَوْا مَوْطِنًا يَنْفِظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَتَأَلَوْنَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢٠].

قال: (ولا بأس بإخراج المصاحف والنساء في عسكر عظيم دون سرية لا يؤمن عليها).

لأن العسكر إذا كان عظيمًا فالغالب عليه السلامة والغالب كالمحقق، وأمّا السرية التي لا يؤمن عليها فيكره إخراج ذلك منها؛ لأن فيه تعريض النساء على الضياع والفضيحة، وتعريض المصاحف للاستخفاف بها، وهذا هو تأويل نهيه عليه السلام عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو، ولو دخل المستأمن منّا بمصحف إليهم فلا بأس به إذا كانوا قدمًا مأمونين^(٣) على حفظ العهد؛ لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن في المعسكر العظيم للطبخ والسقي والمداوة، وقرار (الشواب)^(٤) في البيوت أدفع للفتنة، ولا تبأشر المرأة قتالًا؛ لأن ذلك ما يستدل به الكفار على ضعف المسلمين إلا أن تدعو إليه ضرورة^(٥).

(١) «السير الكبير» ٣٩/١-٤٠، و«مختصر الطحاوي» ص ٣٨٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٣٢-٤٣٥/٣، و«المبسوط» ٣١/١٠-٣٢، و«اللباب» ١٧-١٨.

(٢) تحريق الرسول ﷺ لنخل بني النضير، رواه البخاري (٤٨٨٤)، ومسلم (١٧٤٦) من حديث ابن عمر.

(٣) في (أ): (مؤمنين).

(٤) في (ج): (الشباب).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٣٥-٤٣٦/٣، و«المبسوط» ١٧/١٠، و«الهداية» ٤٢٨/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٢٤/٣، و«البحر الرائق» ٨٣/٥، و«اللباب» ١١٨/٤.

قال: (وينبغي أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ولا يقتلوا صبيًا ولا امرأةً إلا ملكةً ولا شيخًا كبيرًا إلا ذا رأي في الحرب، ولا أعمى ولا مقعدًا ولا مجنونًا، ومن قاتلَ منهم قُوتلَ).

أما الغدرُ والغلولُ والمثلةُ فللنهي الواردِ عنها، والغلولُ: السرقةُ من المغنم، والغدرُ: الخيانةُ ونقضُ العهدِ، وما رُوي من المثلةِ في قصةِ العرنيين فهي منسوخةٌ بالنهي المتأخر: لا تمثلوا بنايَةَ الله. والمثلةُ المنهيةُ ههنا هي التي بعد الظفر، فأما قبلَ ذلك فلا بأسَ بها؛ لأنه أبلغُ في كبتهم والإضرارِ بهم.

وأما قتلُ الصبيِّ والمرأةِ فللنهي الواردِ عن قتلِ الصبيانِ والذراري^(١) وأتى عليه السلام امرأةً مقتولةً فقال: «هاه مألها قُتِلَتْ وما كانت تقاتل؟!»، وهذا النصُّ يشير إلى أنَّ الموجبَ للقتلِ هو الحرابُ وهؤلاء لا يقاتلون.

والمجنونُ غيرُ مخاطبٍ والمقعدُ والشيخُ الكبيرُ عاجزان عن القتالِ، ومن كان من هؤلاء ملكًا أو ذا رأي في الحرب أو يقدر على القتالِ أو له مالٌ يعين به على القتالِ قوتل، لأنه غيرُ مأمونٍ الشر^(٤) فالتَّحِقَ

(١) رواه البخاري (٣٠١٥)، ومسلم (١٧٤٤) من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان.

(٢) في (ب): (العذاري).

(٣) رواه أبو داود (٢٦٦٩) من حديث رباح بن الربيع بلفظ: «ما كانت هذه لقتال» وانظر: «الدراية» ١١٦/٢ (٧٠١).

(٤) في (أ): (الشرع).

بالمقاتل حقيقة، وقد قتل عليه السلام دريد بن الصمة وكان قد مضى عليه مائة وعشرون سنة؛ لكونه صاحب رأي في الحرب^(١).

وأما الرهايين وأهل الصوامع الذين يخالطون الناس ويدلون على عورات المسلمين يقتلون؛ لما بينا، وإن كانوا قد حبسوا أنفسهم عن مخالطة الناس لا يقتلون؛ للأمن من شرهم وقولهم: (ومن قاتل منهم قوتل) من الزوائد^(٢).

قال: (وإذا نزلوا على حكم الله تعالى بخير القتل أو الاسترقاق أو إبقاءهم أحراراً ذمة لنا وعين الثالث).

قال أبو يوسف^(٣) رحمته الله: إذا حاصر المسلمون أهل حصن فنزلوا على حكم الله فيهم يجوز للإمام قتلهم أو أسرهم إن شاء أو تركهم أحراراً ذمة للمسلمين، لأنهم أهل حرب، وحكم الله في أهل الحرب إذا كانوا من أهل الكتاب أو المجوس أو الوثنيين من العجم عند الاستيلاء عليهم عنوة هذا، فإذا نزلوا على حكمه تعالى يُخير الإمام في أحد هذه الثلاثة الأشياء.

وقال محمد^(٣) رحمته الله: ليس له إلا أن يتركهم أحراراً مضروباً على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج فيكون ذمة المسلمين؛ لأن

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٥٥-٤٥٦/٣، و«الاختيار» ٣٦٣/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٤٤-٢٤٥/٣، و«البحر الرائق» ٨٤/٥، و«اللباب» ١١٩/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٥٥-٤٥٦/٣، و«الاختيار» ٣٦٣/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٤٤-٢٤٥/٣، و«البحر الرائق» ٨٣/٥-٨٤، و«اللباب» ١١٩/٤.

(٣) «المبسوط» ٧/١٠-٨، و«الاختيار» ٣٦٩-٣٧٠/٤، و«البحر الرائق» ٨٩/٥، و«اللباب» ١٢٤/٤.

حكّم الله فيهم أحدُ هذه الثلاثة لكن لا يدري أيُّها هو على التعيين، فتعينَ القدرُ المشتركُ بينها من إلحاقِ الضررِ والهوانِ بهم؛ لكونه متيقناً، وأدنى هذه الثلاثة ضرراً تركُّهُم أحراراً أهلَ ذمة. وفي الآخرين شكٌ (فيثبت المتيقن)^(١) دونَ المشكوكِ فيه، وقد قدّمنا في صدرِ هذا الكتابِ قوله ﷺ: «وإذا حاصرتم أهلَ مدينةٍ أو حصنٍ فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم فإنّكم لا تدرُونَ حكمَ الله تعالى فيهم»^(٢).

وأبو يوسف^(٣) رحمه الله يقول: كان ذلك في مبدأ الإسلام لتواترِ الوحي وتعرفِ أحكامِ الله منه، وكان يتجدّدُ شيئاً فشيئاً فكان الذين يبعدون عن رسولِ الله ﷺ لا يدرونَ ما حدّث بعدهم من الوحي، وأمّا الآن فالشريعةُ مستقرّةٌ، وحكمُ الله تعالى فيهم معلومٌ وهو أحدُ هذه الثلاثة الأشياءِ، وإن كان الخيارُ في التعيينِ إلى الإمام^(٤).

قال: (ودارُ الإسلام لا تصيرُ حرباً إلّا أن يزولَ أمانُ أهلِها وتتصلُ بدارِ الحربِ ويظهرُ فيها أحكامُ الكفرِ واكتفينا بالثالثِ، كما في العكس).

قال أبو حنيفة^(٥) رحمه الله: إذا أريدَ أهلُ مصرٍ وغلبوا على ذلك المصيرِ وهو متصلٌ بدارِ الحربِ ولم يبقَ فيهم مسلمٌ ولا ذميٌّ آمناً بالأمانِ الأولِ

(١) في (ب): (فتعين العين).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «المبسوط» ١٠/٧-٨، و«الاختيار» ٤/٣٦٩-٣٧٠، و«البحر الرائق» ٥/٨٩، و«اللباب» ٤/١٢٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/٥٤-٥٥، و«الهداية» ٢/٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ٤/١٢٧-١٢٨.

وأظهروا فيه أحكامَ الكفرِ / ١٦٦ب/ زاد بعضُ المشايخِ المتأخرين فقال: إنْ نصبوا فيه قاضيًا كافرًا صارَ حكمُ ذلك المصْرِ حكمَ دارِ الحربِ، وكذا لو غلبَ الكفار -والعياذُ بالله- على مصرَ، فإذا اجتمعتْ هذه الشرائطُ الثلاثُ صارَ من جملةِ دارِ الحربِ وإلا فلا.

وقالاً^(١): تصيرُ دارُ الحربِ إذا أظهروا فيه أحكامَ الكفرِ بأنْ نصبوا قاضيًا كافرًا لهما أنَّ المصْرَ الذي يظهرُ فيه أحكامُ الإسلامِ بصيرُ دارِ الإسلامِ لمجردِ ذلك، فكذلك المصْرُ الذي يظهرُ فيه أحكامُ الكفرِ اعتبارًا لأحدهما بالآخر، ووجهُ الاعتبارِ أنَّ كونَ الدارِ للإسلامِ أو للحربِ ليس لذاتِ الدارِ بل باعتبارِ غلبةِ أهلِ الإسلامِ أو الكفرِ عليها واستيلائهم، وظهورُ الأحكامِ أمانةً الاستيلاء والظهورِ فينسبُ إليهم به، فيكتفى بذلك فيه. وله أنَّ هذه الدارَ دارُ الإسلامِ بيقينٍ فلا يزولُ عنها ذلك بالشكِّ، وما لم تتحققْ هذه الشرائطُ الثلاثُ لا يتحققُ كونُها دارَ حربٍ، فلا يرتفعُ كونُها دارَ الإسلامِ بدونها، وهذا خلافُ دارِ الحربِ حيثُ تصيرُ دارُ الإسلامِ بظهورِ أحكامِ الإسلامِ؛ لأنَّ أحكامَ الإسلامِ من أعلامِهِ فالنظرُ إليها يقتضي الحكمَ بأنها دارُ الإسلامِ، وبالنظرِ إلى انتفاءِ الشرطينِ لا يحكمُ بذلك فرجحنا جانبَ الإسلامِ؛ لأنه يعلو ولا يُعلى.

وقال بعضُ المتأخرين، وإذا تحققتِ الشرائطُ المذكورةُ في مصرٍ من أمصارِ المسلمين حتَّى صارَ في حكمِ دارِ الحربِ ثم حصلَ لأهلِهِ الأمانُ ونُصِّبَ به قاضٍ مسلمٍ يُنفَّذُ أحكامَ الإسلامِ عادَ إلى دارِ الإسلامِ، فمن ظفرَ من الهلاكِ الأقدمينَ بشيءٍ من ماله بعينه فهو له بغيرِ شيءٍ، ومن

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/٥٤-٥٥، و«الهداية» ٢/٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ٤/١٢٧-١٢٨.

ظفر منهم بشيء منه بعدما باعه مسلمٌ أو كافرٌ من مسلمٍ أو ذميٍّ أخذ بالثمنِ
 إن شاء ومن ظفر منهم بماله بعينه بعدما وهبه مسلمٌ أو كافرٌ لمسلمٍ أو ذميٍّ
 وسلّمه إليه أخذه بالقيمة إن شاء^(١).



(١) «المبسوط» ٥٤-٥٥، و«الهداية» ٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ١٢٧-١٢٩.

فصل:

في المودعة ومن يجوز أمانه

قال: (وإذا كان في المودعة مصلحة فلا بأس بها).

إذا كان المسلمون في قوة فلا ينبغي لهم أن يوادعوا أهل الحرب ولا يصالحوهم؛ لأن في ذلك من ترك الجهاد صورة ومعنى أو تأخير الجهاد؛ لأن المودعة مأخوذة من الودع الذي هو الترك وهو طلب الأمان وترك القتال قال تعالى: ﴿ فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ ﴾ [محمد: ٣٥] وإن لم يكونوا في قوة فلا بأس بالمودعة؛ لأن في ذلك خيرة^(١) للمسلمين قال تعالى: ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْعَلْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٦١] أي: إن مالوا إلى المصالحة فمل إليها، والاعتبار في ذلك وعدمه بوجود المصلحة للمسلمين وعدمها؛ ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب عشر سنين^(٢)؛ ولأن المودعة إذا صدرت عن مصلحة للمسلمين كانت في معنى الجهاد؛ لاشتمالها على دفع أذى الأعداء وشرهم، ويجوز أن يزيد في مدة المودعة على عشر سنين على ما يراه الإمام من المصلحة؛ لأن العلة فيها إنما هو المصلحة، وهي لا تتوقف بهذه دون أخرى^(٣).

(١) في (ب): (خيرًا).

(٢) رواه أبو داود (٢٧٦٦).

(٣) «السير الكبير» ٣/٥، و«الهداية» ٤٢٩/٢-٤٣٠، و«الاختيار» ٣٦٤-٣٦٥،

و«اللباب» ١٢٠/٤.

قال : (وإن أنعكست نبذ إليهم).

إذا أنعكست المصلحة إلى ضدّها ورأى الإمام أنّ نقض الصلح أنفع للمسلمين نبذ إليهم عهدهم وقاتلهم، قال الله تعالى : ﴿ فَأَيْدٍ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ ﴾ [الأنفال: ٥٨] ونبذ ﷺ المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة^(١)؛ ولأنّ المصلحة لما تبدلت كان النبذ إليهم جهادًا، وإبقاء العهد على ما كان تركًا له صورةً ومعنى، ولا بدّ من أن نبذ إليهم؛ تحرّزًا عن الغدر بهم، وقد قال ﷺ في العهود: «وفاء لا غدر»^(٢)، ولا بدّ من اعتبار مدة تبليغ خبر نبذ المودعة إلى جماعتهم ويكتفي بمدة يتمكن الملك بعد علمه بذلك لإعلام أقطار مملكته، ولو علم ولم يعلمهم، ومضت مدة الإمكان، فالتقصير^(٣) واقع من مكان^(٤) ملكهم، فيجوز مقاتلتهم^(٥).

قال : (وإن بدؤوا بخيانة متفقين قوتلوا من غير نبذ).

إنما شرط اتفاقهم تحرّزًا عما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم، فإنّ ذلك لا يكون نقضًا للعهد، ولو كان لهم منعة وقاتلوا علانية يكون نقضًا للعهد في حقهم حيث لم يفعلوا ما فعلوا بإذن، فلا تعدوهم^(٦) حتى لو كانوا قد أذن لهم في ذلك فصاروا ناقضين

(١) أنظر حديث الحديبية عند البخاري (٢٧٣١).

(٢) رواه أبو داود (٢٧٥٩)، والترمذي (١٥٨٠)، وأحمد ١١١/٤ عن عمرو بن عبسة موقوفًا، وقال ابن حجر في «الدراية» ١١٧/٢ (٧٠٣): لم أجده مرفوعًا.

(٣) في (ب): (نقصان).

(٤) من (ب).

(٥) «السير الكبير» ٥/٤-٥، و«الاختيار» ٤/٣٦٤، و«البحر الرائق» ٨٦/٥، و«اللباب» ١٢٠/٤.

(٦) في (ب): (تقدرهم).

للعهد؛ لأنَّ ذلك متفقٌ عليه معنًى، بسببِ الإذن^(١)، والعلةُ في قتالهم من غيرِ نبيذٍ هي أنهم إذا آتَفَقُوا على البدايةِ بالخيانةِ فقد نقضوا عهدَهُمْ، والنَّبَذُ للبعضِ فلا حاجةَ إليه وقد سبقوا به^(٢).

قال: (ولو شرط ردُّ من يخرجُ إلينا من الرجالِ الأحرارِ مسلمًا
نبطله).

زاد شرطُ الرجوليةِ والحريةِ، تحقيقًا لمذهبِ الشافعي^(٣) ﷺ فإنَّ المرأةَ إذا هاجرتُ إلينا مسلمةً لا يحلُّ ردُّها، ولا يصحُّ شرطُ ذلك عندهُ وفي مذهبه في وجوبِ ردِّ العبدِ والحرِّ الذي لا عشيرةَ له وجهان ذكره صاحبُ «الوجيز»^(٤)، وما عدا ذلك فإذا شرط ردُّ الخارجِ منهم إليهم جاز الشرطُ والوفاءُ به، وعندنا^(٥) يبطلُ ذلك.

له: أنه ﷺ وادعَ أهلَ مكةَ على أن لا يقاتلهم عشرَ سنين وأن يردُّ عليهم من جاء مسلمًا.

ولنا^(٥): أنه صلحُ تضمّنَ تركَ فرضِ وارتكابِ محظورٍ (فوجبَ أن يكونَ باطلاً، وهذا لأنَّ الأمتناعَ عن تسليمِ المسلمِ إلى العدوِّ والكافرِ

(١) «السير الكبير» ٨/١٠٠، و«المبسوط» ١٠/٣٧-٣٩، و«الاختيار» ٤/٣٦٤-٣٦٥، و«البحر الرائق» ٨٦/٥، و«اللباب» ٤/١٢٠-١٢١.

(٢) «السير الكبير» ٨/١٠٠، و«المبسوط» ١٠/٣٧-٣٩، و«الهداية» ٢/٤٣٠، و«الاختيار» ٤/٣٦٤-٣٦٥، و«البحر الرائق» ٨٦/٥، و«اللباب» ٤/١٢٠-١٢١.

(٣) «الأم» ٦/٢٧٩، و«التنبيه» ص ٢٤٠، و«المهذب» ٢/٢٦١، و«الوجيز» ٢/٢٠٤، و«روضة الطالبين» ٧/٤٧٦، و«حلية العلماء» ٧/٧٢٠-٧٢٢.

(٤) «الوجيز» ٢/٢٠٥.

(٥) «السير الكبير» ٥/٦٥-٦٦، و«المبسوط» ١٠/٨٥، و«فتح القدير» ٥/٤٦٠، و«اللباب» ٤/١٢١.

فرض، وتسليط الكافر على المسلم محظور^(١) فلا يشرع.

قال: (فإن وادع الإمام /١١٦٧/ بمال للحاجة كان كالجزية قبل حصارهم وكالغنيمة بعده).

لا بأس بأن يوادع الإمام أهل الحرب على مال يأخذ منهم، كما يجوز أن يوادعهم على غير مال، لكن إذا كان بالمسلمين حاجة إلى المال يأخذه، فأما إذا استغنى المسلمون عن ذلك لم يجز؛ لأن في ذلك تركاً للقتال صورة ومعنى، ثم المال مأخوذ منهم يصرف مصارف الجزية إذا أرسل أهل الحرب رسولاً ولم يحاضرهم المسلمون ولم ينزلوا بساحتهم؛ لأن ذلك في معنى الجزية، وأما إذا جاش بهم جيش الإسلام وجنوده ثم أخذوا المال فإنه يكون غنيمةً ي خمس ويقسم الباقي بينهم؛ لأن ذلك المال مأخوذ بالقهر والغلبة معنى فكان في معنى الغنيمة، وهذه المسألة من الزوائد^(٢).

قال: (ولا يجوز دفع المال إليهم ليوادعوه إلا لخوف الهلاك).

إذا حاصر الأعداء المسلمين فطلب المسلمون موادعتهم على مال يدفعونه إليهم لم يجز؛ لما في ذلك من إلحاق العار والمذلة (والمسألة)^(٣) للمسلمين إلا أن يخاف الإمام هلاك المسلمين، فيجوز ذلك دفعاً

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «السير الكبير» ٢٥-٢٧، و«الهداية» ٢/٤٣٠، و«الاختيار» ٤/٣٦٥، و«البحر الرائق» ٥/٨٥.

(٣) من (ب).

للهلاك عنهم بالقدر الممكن، وهذه من الزوائد^(١).

قال: (ويودع المرتدين بغير مال فإن أخذه لم يردّه).

أما جواز المودعة للمرتدين فللنظر في أمرهم؛ لأن الإسلام مرجوٌّ منهم، فالتأخير لتوقع الإسلام منهم جائز، وأما أنه لا يأخذ منهم مالا؛ فلائهم ليسوا من أهل الجزية على ما يبين إن شاء الله، ولو كان أخذ منهم مالا لا يرده إليهم؛ لأنه ليس بمال معصوم، فلا يجب رده، وهاتان^(٢) من الزوائد^(٣).

قال: (ويكره بيع السلاح والكراع والحديد من أهل الحرب

وتجهيزه إليهم قبل المودعة وبعدها).

أما بيع السلاح: فلما روي من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم^(٤)؛ ولأن في ذلك تقوية لهم على قتال أهل الإسلام، وفي معناه الكراع أيضا، والحديد أصل السلاح، والتنبيه عليه من الزوائد، وأما الكراهة قبل المودعة فظاهر؛ لأنهم حرب وكذا بعدها؛ لأنها على شرف الانتقاض بنقض العهد إليهم أو على شرف أنقضاء المدّة، فكانوا حربا أيضا، وكان القياس اطراد ذلك في

(١) «المسير الكبير» ١٧/٥-١٩، و«المبسوط» ٨٧/١٠، و«البحر الرائق» ٨٥/٥.

(٢) في (ب): (وهو).

(٣) «الهداية» ٤٣٠-٤٣١، و«الاختيار» ٣٦٥/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٤٦/٣، و«البحر الرائق» ٨٦/٥.

(٤) روى البزار في «مسنده» ٦٣/٩ (٣٥٨٩) من حديث عمران بن حصين أن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة، وقال الهيثمي في «المجمع» ٧/٢٩٠: فيه بحر بن كنيز السقاء، وهو متروك. وانظر «الدراية» ١١٧/٢ (٧٠٥).

الثياب والطعام إلا أنه ثابت بالنص على خلاف القياس فإنه ﷺ أمر ثمامة^(١) أن يميز أهل مكة وهم حرب عليه^(٢)، والضمير في (تجهيزه) بمعنى ذلك إعادة له إلى جميع ما تقدم، والضمير بمعنى الإشارة، وأراد بقوله ﷺ: «واجعله الوارث منا»^(٣) بعد قوله: «متّعنا بأسماعنا وأبصارنا وقوتنا» ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا﴾ [النساء: ٤] بعد ذكر الصدقات قال صاحب «الكشاف»^(٤): الضمير في ﴿مِنْهُ﴾ جار مجرى أسم الإشارة كأنه قيل عن شيء من ذلك كما قال تعالى: ﴿قُلْ أُوْنِيْكُمْ بِخَيْرٍ مِّنْ ذَٰلِكُمْ﴾ [آل عمران: ١٥] بعد ذكر الشهوات^(٥).

قال: (وإذا أمن حرٌّ أو حرّةٌ كافراً أو حصناً أو مدينةً) امتنع قتالهم إلا بعد أن يكون فيه مفسدة فينبذ إليهم ويؤدبه^(٦).

إذا حاصر أهل^(٧) الإسلام مدينةً أو حصناً^(٨) فأنهم رجلٌ حرٌّ أو امرأةٌ حرّةٌ، أو أمن كافراً أو جماعةً منهم صحَّ الأمان وامتنع القتال؛ لقوله ﷺ:

(١) ثمامة بن أثال بن النعمان الحنفي أبو أمانة اليمامي الصحابي، كان سيد أهل اليمامة، وقد حاصر أهل مكة اقتصادياً ولما أرتد أهل اليمامة في فتنة مسيلمة ثبت هو على إسلامه وقاتل المرتدين من أهل البحرين، وقتل غيلة سنة ١٢هـ.

انظر «الاستيعاب» ٢٨٧/١ (٢٨٢)، و«الإصابة» ٢٠٣/١ (٩٦١).

(٢) ذكره ابن هشام في «السيرة» ٣١٦-٣١٧/٤. وانظر حديث ثمامة في البخاري (٤٣٧٢) ومسلم (١٧٦٤).

(٣) رواه الترمذي (٣٥٠٢). (٤) «الكشاف» ١/٤٧٠.

(٥) «السير الكبير» ١٨٢-١٨٣/٤، و«المبسوط» ٨٨-٨٩، و«الهداية» ٤٣١/٢، و«الاختيار» ٣٦٥-٣٦٦/٤، و«اللباب» ١٢٣/٤.

(٦) في (ج): (ويؤدبهم).

(٧) من (ج).

(٨) ساقط من (ب).

«المسلمون تنكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»^(١)، يريدُ أقلهم وهو الواحد؛ ولأنَّ من أمنهم من أهل القتال والمنعة فكان مخوفًا، فكان أمانه معتبرًا لملاقاته محله، ثم يتعدى ذلك إلى مَنْ سواه؛ ولأنَّ السبب -وهو الإيمان- غيرُ منجز فكذا الأمان، ثم أستثنى في الكتاب أن يكون في أمانه مفسدة يراها الإمام فينبذ الإمام إليهم، كما لو كان هو الذي أمنهم ثم رأى المصلحة في النبذ إليهم فإنه يفعل، كذا هذا، ويؤدب الإمام الواحد من الحبس إذا أمن من حاصره الإمام وفي أمانه مفسدة؛ لأنه مفتات على رأي الإمام نجلاف ما إذا كان في أمانه نظر فإنه يكون معذورًا؛ لفوات المصلحة بالتأخير، والإشارة إلى التأديب من الزوائد^(٢).

قال: (ولا يصحُّ أمانٌ ذمي ولا أسير ولا تاجر فيهم ولا مسلم عندهم وهو فيهم).

أما الذمي فلا يصحُّ أمانه؛ لأنه متهم ولعدم ولايته على المسلم ولا تنتقص هذه العلة -أعني: التهمة- بالعبد المأذون له في القتال؛ حيث يصحُّ أمانه مع كونه متهمًا بإيصال النفع إلى أقاربه دون المسلمين؛ ولأنه لا يُظنُّ بالمسلم إثارة أقاربه الكفار على الدين وأهله، وأما الأسير والتاجر فيهم فلائهما مقهوران تحت أيديهم فلم يكونا مخوفين فلا يتحقق

(١) رواه ابن ماجه (٢٦٨٣) من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٣١٧٩)، ومسلم (١٣٧٠) من حديث علي بن أبي طالب بلفظ: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم».

(٢) «السير الكبير» ١/ ١٧٥-١٧٦، و«الهداية» ٢/ ٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٦-٣٦٧، و«اللباب» ٤/ ١٢٦.

منهما الأمان؛ لاختصاص الأمان بمحل الخوف، ولعلمهما يجبران على الأمان فيعري عن المصلحة؛ ولأنه لو فتح لهم باب الأمان من أسير وتاجر يدخل عليهم لانسد باب الفتح للمسلمين عليهم فيؤدي إلى هدم ركن الجهاد الماضي إلى يوم القيامة، وكذلك الحال فيمن أسلم عندهم ولم يهاجر إلى دار الإسلام، وهو معنى قوله: (وهو فيهم) أي: لم يخرج من دار الحرب^(١).

قال: /١٦٧ب/ (وكذا العبد المحجور وأجازه، ويوافقهما في روايتين).

أمان العبد المحجور عليه -أي: الذي لم يؤذن له في القتال- غير معتبر عند أبي حنيفة^(٢) رحمته الله وقال محمد رحمته الله: هو معتبر. وهو قول الشافعي^(٣) رحمته الله، وأبو يوسف^(٢) في رواية مع أبي حنيفة^(٢)، وفي رواية مع محمد^(٢) رحمته الله، والتنبيه على قوله من الزوائد.

لمحمد^(٢) أنه يؤمن من أهل المنعة فيصح أمانه، أما اعتبار الإيمان فلأنه شرط العبادة والجهاد عبادة، وأما اعتبار المنعة فليتحقق بها إزالة الخوف، ووجه تأثير هذه العلة إعزاز الدين ورعاية المصلحة لجماعة المسلمين، فإن الكلام في مثل هذه الحالة أي من المصلحة. وإنما لم

(١) «الهداية» ٢/٤٣١، و«الاختيار» ٤/٣٦٧، و«تبين الحقائق» ٣/٢٤٧، و«اللباب» ١٢٦/٤.

(٢) «السير الكبير» ١/١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٢/٤٣٢، و«الاختيار» ٤/٣٦٧، وإشارة الإنصاف ص ٤٥٠-٤٥١، «اللباب» ٤/١٢٦-١٢٧.

(٣) «الأم» ٧/٣٥٠-٣٥١، و«الوجيز» ٢/١٩٤، و«روضة الطالبين» ٧/٤٧٢، و«غاية البيان» ص ٣١٠.

يملك المسايقة^(١)؛ لاشتماله على تعطيل مصالح المولى ومنافعه فمنع منه، ولا تعطيل في القول فجاز. واعتباراً بالمؤيد من الأمان - أعني: (الجزية)^(٢) - ولأبي حنيفة^(٣) رحمته الله أنه عبدٌ محجورٌ عن القتال فلم يصح أمانه؛ وهذا لأنه إذا لم يكن من أهل القتال لم يكن مخوفاً عندهم، والأمان يستدعي محلّ الخوف بخلاف المأذون له في القتال؛ لأنه مخوف. وإنما لم يملك المسايقة؛ لأنه تصرف في حقّ مولاة على وجه لا يخلو عن احتمال إلحاق ضرر به، والأمان تصرف في حقه على مثل ذلك؛ لجواز أن يخطئ في الأمان بل هو الظاهر، وفي ذلك ينسُدُّ باب الاستغنام^(٤) ولا كذلك الحال في المأذون لرضا المولى ولقلة الخطأ بواسطة مباشرة القتال، وهذا بخلاف (المؤيد)^(٥) من الأمان؛ لأنّ ذلك خلف عن الإسلام، فكان كالدعوة إليه؛ ولأنه أمان يقابل بالجزية؛ ولأنه مفروض عند المسألة، وإسقاط الفرض يقع وليس فيه شائبة ضرر فافترقا، وأمان الصبي الذي لا يعقل غير صحيح كالمجنون، وأمان الصبي العاقل وهو محجور عن القتال مختلف فيه كالعبد المحجور، والصبي المأذون له فيه أمانه معتبر بالإجماع في الأصح^(٦).



(١) المسايقة: المجالدة وتسايقوا تضاربوا بالسيف. «الصحيح» ٥٢٨ مادة سيف.

(٢) في (ب) و(ج): (الحرية).

(٣) «السير الكبير» ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٤٣٢/٢، و«الاختيار» ٣٦٧-٣٧٧/٤، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٥٠-٤٥١، و«اللباب» ١٢٦-١٢٧.

(٤) في (ب): (الاستعانة). (٥) في (ج): (المرتد).

(٦) «السير الكبير» ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٤٣٢/٢، و«الاختيار» ٣٦٧-٣٧٧/٤، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٥٠-٤٥١، و«اللباب» ١٢٦-١٢٧.

فصل في الغنائم وقسمتها

قال: (وإذا فتح الإمام بلدةً عنوةً قسمها إن شاء، وإلا نجيز
 وضعَ الخراجَ والجزيةَ على أراضيهم وعليهم، ويقسم
 المنقول، ويقتل الأسارى أو يسترقهم، أو يتركهم.
 أهلَ ذمة، ولا يردهم إلى دار الحرب، والإمام
 لا يفادي بهم، وأجازاه بأسارى المسلمين ولا نجيزه
 بالمال في المشهور ولا المن عليهم).

إذا فتح الإمام بلدةً عنوةً -يعني: قهراً- فهو بالخيار عندنا^(١) بين أن
 يقسمها بين الغانمين؛ فإنَّ رسولَ الله ﷺ فعل كذلك في خيبر^(٢)، وإن
 شاء أقر أهلها عليها ووضعَ على أراضيهم الخراجَ ووضعَ على رؤوسهم
 الجزيةَ، فإنَّ عمرَ رضي الله عنه فعل ذلك في سوادِ العراقِ حينَ أفتحها^(٣)،
 وكان ذلك بموافقةِ الصحابةِ رضي الله عنهم، وفي كلِّ من الفعلينِ قدوةٌ فيتخير
 الإمامُ في اعتمادِ أيهما شاء، وقد قيل إنَّ القسمةَ أولى عند حاجةِ
 الغانمين، والثاني عند استغنائهم؛ لتكونَ عدةٌ وذخيرةٌ، وهذا في العقارِ
 لا في المنقول؛ لعدمِ ورودِ الشرعِ فيه؛ فيقسمُ المنقولُ بين الغانمين،
 وهو من الزوائد.

(١) «السير الكبير» ١١٢/٣-١١٣، و«مختصر أختلاف العلماء» ٤٦٠-٤٦١،
 و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ٣٥-٣٧، و«الهداية» ٤٣٢/٢-
 ٤٣٣، و«الاختيار» ٣٦٨-٣٦٩.

(٢) رواه البخاري (٢٣٣٤).

(٣) رواه ابن سعد في «الطبقات» ٢٥٥/٣، وانظر: «الدراية» ١١٩/٢.

وأما (قرار^(١)) العقار على أهلها كما وصفنا فمذهبنا^(٢) (٣)، وقال الشافعي^(٤) رحمته: ليس له ذلك؛ لأنها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم^(٥) وقهرهم فلا يجوز أخذها منهم، وقد وجد سبب الاستحقاق ودفعها إلى أهل البلدة من غير بدل يعادله، والخراج لا يعادله لقلته، وهذا بخلاف الرقاب؛ لأن له إبطال حق الغانمين فيهم بقتلهم فيكون له^(٦) وضع الجزية عليهم.

ولنا^(٧): أنه ﷺ فتح مكة عنوة وقهراً وتركها على ملكهم منا عليهم. فإن قيل: بل فتحت صلحاً؛ لأن أهلها لم يقاتلوه؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَامِنِينَ﴾ [الفتح: ٢٧] ومتى قوتل المسلمون عند دخولها لا يكونون آمينين. قلنا: النقل^(٨) المستفيض بأنها فتحت عنوة مشهور ومؤكّد؛ وهو قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنْكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُمْ بِطَرْفِ مَكَّةَ مِنْ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ﴾ [الفتح: ٢٤] والظفر دليل على فتحها

(١) في (أ): (قرار).

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٠-٤٦١، و«المبسوط» ١٠/ ٣٥-٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢-٤٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٨-٣٦٩.

(٣) من (ب).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٤٧، و«التنبيه» ص ٢٣٥، و«الوجيز» ٢/ ١٩٢-١٩٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٦-٣٣٨، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٧٧-٦٧٨.

(٥) في (ب): (إسلامهم).

(٦) من (ب) و(ج).

(٧) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٤، و«المبسوط» ١٠/ ٣٧-٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٩، و«اللباب» ٤/ ١٢٣-١٢٤.

(٨) في (ب): (النص).

عنوةً ومؤكِّدٌ بتعليقه ﷺ الأمانَ بدخولِ دارِ أبي سفيانَ، وبالتعليقِ بأستارِ الكعبةِ وبإلقاءِ السلاحِ بقوله ﷺ: «من دخلَ دارَ أبي سفيانَ فهو آمن، ومن تعلقَ بأستارِ الكعبةِ فهو آمن، ومن ألقى السلاحَ فهو آمن»^(١)، وأنه دليلٌ على الفتحِ عنوةً.

وقوله ﷺ: «إن مكة حرامٌ إلى يومِ القيامةِ لم تحل لأحدٍ قبلي ولا تحلُّ لأحدٍ بعدي، وإنما أحلت لي ساعةً من نهارٍ»^(٢).

وأنه واضحُ الدلالةِ على فتحها عنوةً، وفي فعلِ عمرَ رضي الله عنه بسوادِ العراقِ قدوةٌ؛ ولأنَّ في ذلك نظرًا؛ لأنَّ أهلها ينزلون منزلةَ الأكرَّةِ^(٣) العاملين للمسلمين العالمين بوجوهِ الزراعاتِ مع ارتفاعِ المؤن عنهم. والخراجُ وإن قلَّ في الحالِ، لكنه جليلٌ باعتبارِ الدوامِ وانتفاعِ من بعدهم من القرونِ الآتيةِ بذلك، وإذا مَنَّ عليهم الإمامُ برقابهم وأراضيهم دَفَعَ إليهم مِنَ المنقولاتِ ما يستعينون به على العملِ ليخرجَ عن حدِّ الكراهةِ.

وهو في الأسارى مخيرٌ بين ثلاثةِ أشياء: إمَّا أن يقتلهم فإنه ﷺ قَتَلَهُمْ^(٤)؛ ولأنَّ في قتلهم قليلًا لمادةِ الفسادِ والكفرِ، وإمَّا أن يسترَقَهُمْ؛ لأنَّ في أَسْرَقَتِهِمْ دفعًا لشُرِّهِمْ مع انتفاعِ المسلمين بهم، وإمَّا أن يتركهم أحرارًا ذمةً للمسلمين يضع عليهم الخراجَ لما مرَّ إلَّا مشركي العرب حيث لا يُقبل منهم إلَّا الإسلامُ أو السيفُ /١٦٨/.

(١) رواه مسلم (١٧٨٠).

(٢) رواه البخاري (١٠٤)، ومسلم (١٣٥٤).

(٣) في (ج): (الأكار).

(٤) يدل عليه حديث أنس أن رسول الله ﷺ أمر بقتل ابن خطل وهو متعلق بأستار الكعبة، رواه البخاري (١٨٤٦) ومسلم (١٣٥٧)، وانظر «الدراية» ١١٩/٢ (٧١٠).

وكذلك المرتدون كما يأتي إن شاء الله تعالى، ولا يجوز ردهم إلى دار الحرب؛ لأنَّ في رُجوعهم إلى دارهم تقويتهم وتقوية المشركين بهم وفي ذلك عونٌ على المسلمين، فلا يجوز.

ولو أسلم الأسارى أمتنع قتلهم لاعتصامهم بالإسلام، وله أنَّ أسترَقَاقَهم بعد الإسلام؛ لانعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء عليهم؛ توفيراً للمنفعة على المسلمين، ولو كانوا أسلموا قبل أن يؤخذوا فليس له الأسترقاق؛ لعدم انعقاد السبب.

ولا يجوز للإمام أن يفادي بالأسارى أي لا يعطي الكفار أساراهم ويستنقذ بهم أسارى المسلمين من أيديهم، وهذا عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله.

وقالوا^(٢): يجوز ذلك -أعني: مفاداة الأسارى بأسارى المسلمين- وإنما خصَّ ذلك في الكتاب تحريزاً عن جواز المفاداة بالمال عندهما^(٣)، فإنه لو (أطلق جوازها)^(٤) عندهما لدخل فيه ذلك، وهو مذهب الشافعي^(٥) رحمته الله، وقد صرَّح به من بعد فقال: ولا نجيزه بالمال والضمير قائم مقام الإشارة أي ولا نجيز ذلك بالمال، وهذا هو مشهور المذهب، والتنبيه عليه من الزوائد.

وقال محمد^(٦) رحمته الله في «السير الكبير»: لا بأس به إذا كان بالمسلمين إلى ذلك حاجةً استدلالاً بأسارى بدر، وكذلك لا يجوز عليهم المن عندنا^(٧).

(١) «السير الكبير» ٢٦٩/٤-٣٠٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ٤٧٨/٣، و«المبسوط» ١٠/١٣٨-١٤٠، و«فتح القدير» ٥/٤٧٣-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٤٨-٢٤٩.

(٢) في (ب): (ألحق جوازهما).

(٣) «المهذب» ٢/٢٣٧، و«التنبيه» ص ٢٣٣-٢٣٤، و«روضة الطالبيين» ٧/٤٥٠-٤٥١، و«غاية البيان» ص ٣١٢.

(٤) «السير الكبير» ٤/٣٠٠.

وقال الشافعي^(١) رحمه الله: نجوزُ الأمرين. له قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنْ بَدَأَ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] أي: فإمّا تمنون وإمّا تفدون، واعتباراً للمفاداة بالمال^(٢) بالمفاداة بالأسير المسلم.

وله: في جوازِ المنِّ ما فعله رحمه الله من المنِّ على بعضِ الأسارى يوم بدر^(٣).

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [النساء: ٨٩] وهذا ناسخٌ لما رواه؛ ولأنَّ حقَّ الغانمين في الأسيرِ الكافرِ ثابتٌ بسببِ القهرِ والغلبة، فلا يجوزُ إسقاطُهُ بغيرِ منفعةٍ ولا عوضٍ، وما رواه منسوخٌ بما تلوناه، ولهما في جوازِ مفاداةِ الأسارى بالأسارى أنَّ في ذلك تخلصَ المسلم من يدِ الكافرِ واستنفادَهُ من إذلالِهِ، وذلك أولى من قتلِ الكافرِ والانتفاعِ به، وله أنَّ في المفاداةِ إعانةً لأعداءِ الدينِ وتقويةً لهم بعودِ الأسارى إليهم حرباً، ودفعُ شرِّ الحرابِ أولى من استنقاذِ الأسيرِ المسلمِ، فصار الأمرُ أنَّ بقاءَهُ في أيديهم أبتلاءٌ من الله تعالى له غيرُ مضافٍ إلى أفعالنا، والإعانةُ على المسلمين بدفعِ أعدائِهِم إلى مراكزهم مضافٌ إلى فعلنا فلا يجوزُ^(٤).

(١) «المهذب» ٢/٢٣٧، و«التنبيه» ص ٢٣٣-٢٣٤، و«روضة الطالبيين» ٧/٤٥٠-٤٥١، و«غاية البيان» ص ٣١٢.

(٢) من (ب).

(٣) رواه أبو داود (٢٦٩٢) من حديث عائشة في قصة أبي العاص بن الربيع والحديث حسنه الألباني. أنظر: «صحيح أبي داود» ٨/٢٦-٢٧ (٢٤١١).

وللبخاري (٣١٤٤) عن ابن عمر في من رسول الله ﷺ على سبي حنين.

(٤) «السير الكبير» ٤/٢٦٩-٣٠٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٤٧٨، و«المبسوط» ١٠/١٣٨-١٤٠، و«فتح القدير» ٥/٤٧٣-٤٧٥، و«تبين الحقائق» ٣/٢٤٨-٢٤٩.

قال: (وإذا تعذرَ نقلُ المواشي في العودِ فلا يتركها ولم يقتصرُوا على عقرِها فتذبح ثم تُحرق).

إذا عاد الإمامُ بالجيشِ والغنيمَةِ من دارِ الحربِ ومعه مواشي لم يقدِرْ على نقلِها إلى دارِ الإسلامِ، قال أصحابنا رحمهم الله يذبحها ثم يحرقها^(١).

وقال الشافعي^(٢) رحمه الله: يتركها.

وقال مالك^(٣) رحمه الله: يعقرها؛ لئلا ينتفع بها مَنْ بعدهم من أهلِ الحربِ. وللشافعي^(٤) رحمه الله نهْيُهُ ﷺ عن ذبحِ الشاةِ إلَّا لمأكلةٍ.

ولنا^(١): أنْ ذبحَ الحيوانَ لغرضٍ صحيحٍ جائزٍ، وفي ذبحِها كسرُ شوكةِ الأعداءِ وإعدامُهم هذه المنفعةُ المرغوبُ فيها، وإنما تحرقُ بعدَ الذبحِ قطعاً لمادةِ الانتفاعِ بها، وينزلُ هذا منزلةَ تخريبِ البنيانِ بخلافِ التحريقِ قبلَ الذبحِ لمكانِ النهيِ عن تعذيبِ الحيوانِ وفي العقرِ مثلهُ، وهي منهيٌّ عنها، والأسلحةُ يحرقُ منها ما يحترقُ، وما لا يحترقُ يدفنُ في مواضعٍ لا يهتدي إليها الكفارُ لينقطعَ انتفاعُهم بها^(١).

(١) «السير الكبير» ٢٢٩/٤، و«المبسوط» ٣٧/١٠، و«الهداية» ٤٣٤/٢، و«الاختيار» ٣٧٠/٤، و«اللباب» ١٢٤/٤.

(٢) «الأم» ٣٥٥-٣٥٦/٧، و«التنبيه» ص ٣٣٤، و«المهذب» ٢٤٢/٢، و«الوجيز» ١٩١/٢، و«روضة الطالبين» ٤٥٦/٧.

(٣) «الكافي» ص ٢٠٨، و«المدونة» ٣٩٩/١.

(٤) «الأم» ٣٥٥-٣٥٦/٧، و«التنبيه» ص ٣٣٤، و«المهذب» ٢٤٢/٢، و«الوجيز» ١٩٢/٢، و«روضة الطالبين» ٤٥٦/٧.

قال: (ولا تُقسمُ غنيمةً إلَّا في دارنا).

قسمةُ الغنائمِ لا تجوزُ في دارِ الحربِ وإنما تقسمُ في دارِ الإسلامِ.
وقال الشافعي^(١) رحمته الله: لا بأسَ بقسمتها في دارِ الحربِ.

والأصلُ أنَّ الملكَ عندنا^(٢) لا يثبتُ للغانمين قبلَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ، وعندَه^(٣) يثبتُ.

له: أنَّ سببَ الملكِ قد تحقَّقَ وهو الاستيلاءُ على مالٍ مباحٍ بإثباتِ اليدِ عليه كما في الصيدِ فصَحَّ التصرفُ فيه.

ولنا^(٤): أنه عليه السلام نهى عن بيعِ الغنائمِ في دارِ الحربِ، والخلافُ ثابتٌ في البيعِ، والقسمَةُ من حيثُ المنعُ بيعٌ فيتناولُها^(٥) النهيُ ولأنَّ سببَ الملكِ لم يتم؛ لأنَّ الاستيلاءَ هو إثباتُ اليدِ الحافظةِ والناقلةِ، واليدِ الناقلةِ غيرِ موجودةٍ لقدرةِ أولئك على الاستنقاذِ^(٦) والدار دارهم وهذه الإضافةُ إلينا وإليهم مبنيةٌ على قوةِ الشوكةِ، ولهذا فإنَّ الإمامَ يحلُّ له أن يرجعَ ويتركَ هذه البقعةَ المنسوبةَ إليهم؛ وليس ذلك إلَّا لعجزِهِ عن المقامِ بين ظهرائهم مع قوتِهِم، وإذا كان كذلك كانتِ الغنائمُ في أيديهم حكمًا، فإذا نقلت^(٧) إلى دارِ الإسلامِ تمَّ الاستيلاءُ فيثبت الملكُ.

(١) «الأم» ٣٥١-٣٥٢/٧، و«المهذب» ٢/٢٤٥، و«روضة الطالبين» ٧/٣٣٥، و«حلية

العلماء» ٧/٦٨٦، و«غاية البيان» ص ٣٠٨.

(٢) «السير الكبير» ٣/١١٦-١١٧، و«المبسوط» ١٠/٣٢-٣٣، و«الهداية» ٢/٤٣٤،

و«الاختيار» ٤/٣٧١، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٥٠-٢٥١.

(٣) في (ب): (فيشاركها).

(٤) في (ب): (الاستعلاء).

(٥) في (ج): (بلغت).

ثم اختلف في أن موضع الخلاف في هذه المسألة هل هو ترتيب أحكام القسمة عليها إذا صدرت عن الإمام من غير اجتihad أو الكراهة؟ فقال بعضهم: هو ترتيب الأحكام فإن حكم الملك لا يثبت بدون ثبوت الملك، وقيل: بل هو الكراهة. فعند محمد عليه السلام هو كراهة تنزيهه فإنه قال: (لا تجوز)^(١) القسمة عند أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٣) رحمهما الله في دار الحرب.

وعند محمد^(٢) عليه السلام الأفضل أن تقسم في دار الإسلام؛ لأن دليل بطلان القسمة، وإن كان راجحاً غير أنه متعاقد عن سلب الجواز إذا فعله الإمام عن اجتihad فيورث الكراهة، وبيان أن الاختلاف واقع في سبب جواز القسمة وهو الملك أنه هل يتم بنفس الأخذ أم لا؟ فإذا أنفذه /١٦٨ب/ الإمام باجتihadه كان صحيحاً، كما لو قضى بشاهدة الأعمى والمحدود في القذف.

وقيل: المذهب هو الكراهة دون بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقل رغبتهم في اللحاق بالجيش؛ ولأنه إذا قسم في دار الحرب تفرقوا فيكون ذلك سبباً لأن يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها، ذكره شمس الأئمة في «المبسوط»^(٣).

(١) في (ب): (تجوز).

(٢) «الهداية» ٤٣٤/٢، و«الاختيار» ٣٧١/٤، و«المبسوط» ٣٣-٣٤، و«تبيين الحقائق» ٢٥١/٣، و«البحر الرائق» ٩٠-٩١.

(٣) «المبسوط» ٣٤/١٠.

قال: (ويستوي الردء والمقاتل).

وذلك لاستوائهم في السبب الذي^(١) هو مجاوزة الدربِ الفاصلِ بين دارِ الإسلامِ ودارِ الحربِ على قصدِ القتالِ؛ لتمكنِ الخوفِ والرعبِ في القلوبِ من حينِ مجاوزته فيعدون مقاتلين^(٢)، وعند الشافعي^(٣) رحمته الله: لاستوائهم في السببِ الذي هو شهودُ الحربِ، وعلى هذا إذا لم يقاتل لمرضٍ أو غيره للاستواء في السببِ.

قال: (ولو لحقهم المدد قبل إحرازها فشاركهم معهم ولو بعد القتال).

المدد إذا لحق العسكرَ وهم في دارِ الحربِ قبل أن يخرجوا الغنائمَ إلى دارِ الإسلامِ، شاركوهم فيه سواء أنقضى القتالُ أو لم ينقض^(٤). وقال الشافعي^(٥) رحمته الله: لا يشاركونهم بعد أنقضاء القتالِ؛ ولذلك زاد في الكتابِ قوله: (ولو بعد القتالِ) لإيضاح موضع الخلافِ، وهذه المسألة مبنية على أن السببَ هو المجاوزة أو شهودُ الوقعة - وسنين ذلك إن شاء الله تعالى - وإنما ينقطع حق المددِ عندنا من الشركة بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ أو بقسمة الإمام الغنائمَ في دارِ الحربِ عن أجهادٍ أو ببيعه إياها في

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٢/٤٣٤، و«الاختيار» ٤/٣٧٢، و«تبين الحقائق» ٣/٢٥١، و«اللباب» ٤/١٢٥.

(٣) «التنبيه» ص ٢٣٥-٢٣٦، و«المهذب» ٢/٢٤٧، و«حلية العلماء» ٧/٦٨٣، و«غاية البيان» ص ٣٠٨.

(٤) «السير الكبير» ٣/١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«البحر الرائق» ٥/٩٢، و«إثبات الإنصاف» ص ٤٣٦، و«اللباب» ٤/١٢٥.

(٥) «المهذب» ٢/٢٤٧، و«روضة الطالبين» ٧/٤٦٠، و«حلية العلماء» ٧/٦٨٤-٦٨٥.

دار الحرب؛ لأنَّ بكل من هذه الأشياء يتم الملك في الغنائم للغانمين فيقطعُ لذلك حقَّ شركة المدد^(٣).

قال: (ولا حقَّ لأهل السوق حتى يقاتلوا).

لأنَّ السببَ الظاهرَ - وهو المجاوزة على قصد القتال - لم يوجد منهم ليضاف الحكم إليه، فوجب اعتبارُ السببِ الحقيقي الذي هو القتال فيهم لمن قاتل على حسب حاله فارسًا أو راجلًا عند القتال^(١).

قال: (وإذا لم تكن حمولة قسّمها بينهم إيداعًا ثم يرتجعها في الدار فيقسمها).

لا يخلو إما أن يكون مع الإمام حمولة من المغنم أو لا يكون، فإن كان في المغنم حمولة حمل الغنائم عليه؛ لأنّها وما عليها مالهم، وإن لم يكن في المغنم حمولة فإما إن كان في بيت المال أو لم يكن، فإن كانت في بيت المال حمولة حمل عليها؛ لأنَّ ذلك مال المسلمين، وإن لم يكن فإن كان للغانمين أو لبعضهم ففيه روايتان: إحدى الروايتين وهي رواية «السير الصغير»: لا يحملها عليها إلا برضاهم؛ لأنَّ ذلك ابتداء إجازة فلا يجبر عليها. والرواية الثانية وهي رواية «السير الكبير»^(٢): يحملها جبرًا؛ لأنَّ في ذلك دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص^(٣).

(١) «المبسوط» ٣٦/١٠، و«الهداية» ٤٣٥/٢، و«الاختيار» ٣٧٢/٤، و«تبين الحقائق»

٢٥١/٣، و«اللباب» ١٢٥/٤.

(٢) «السير الكبير» ١٣٦-١٣٨/٣.

(٣) «السير الكبير» ١٣٦-١٣٧/٣، و«المبسوط» ٣٦/١٠، و«الهداية» ٤٣٥/٢،

و«الاختيار» ٣٧٢/٤.

قال: (ولا تباع الغنائم قبل القسمة).

يعني: في دار الحرب؛ لأنَّ البيع يستدعي سبق الملك ولا ملك قبل القسمة فلا يثبت حكمه^(١).

قال: (ومن مات في دارهم قبل إحراز الغنيمه لا نورث نصيبه).

إذا مات أحد الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمه، وإذا مات بعد إخراجها من دار الحرب قبل إحرازها بدار الإسلام فنصيبه موروث^(٢)، وقال الشافعي^(٣) رحمه الله من مات بعد استقرار الغنيمه يورث نصيبه. وهذا الخلاف بناء على ما أصْلَنَاهُ آنفاً، فالملك يثبت في الغنيمه عنده قبل الإحراز. وعندنا لا ملك إلا بعد الإحراز، والإرث لا يجري إلا بعد ثبوت الملك للمورث.

قال: (ولو وطئ مَسِيَّةٌ فولدت فادَّعاه لا نثبته).

إذا وطئ الغانم جارية من السبي^(٤) فولدت منه ولدًا فادَّعاه ثبت نسبه منه عند الشافعي^(٥) رحمه الله وتصير أم ولد له.

(١) «الهداية» ٢/٤٣٥، و«الاختيار» ٤/٣٧١، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٥١، و«اللباب» ٤/١٢٩.

(٢) «السير الكبير» ٣/١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٤٤٢، و«الهداية» ٢/٤٣٥، و«اللباب» ٤/١٣.

(٣) «التبیه» ض ٢٣٥، و«المهذب» ٢/٢٥٠، و«الوجيز» ٢/١٩٣، و«غاية البيان» ص ٣٠٩.

(٤) في (أ): (المسي).

(٥) «مختصر المزني» ص ٢٧٣، ٢٧٤، و«المهذب» ٢/٤٢٤، و«الوجيز» ٢/١٩٣، و«روضة الطالبين» ٧/٤٦٤-٤٦٥.

وعندنا^(١): لا يثبت النسب، وهذا بناءً على ما تقدّم أيضًا، فعندنا لا ملك قبل القسمة، والإحراز وأمومية الولد وثبوت النسب من أحكام ثبوت الملك.

وعنده^(٢): يثبت الملك قبل ذلك فتثبت أحكامه، ويلزمه العقر عندنا ويكون عقرها وولدها، والجارية مقسومة بين الغانمين.

قال: (ويورث إذا مات بعد الإحراز).

إذا مات الغانم بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام فتصيبه موروث، لاستقرار الملك له قبل الموت في الغنيمة فينتقل إلى ورثته^(٣).

قال: (ولا بأس بعلف العسكر وأكل ما وجدوه من طعام واستعمال طيب ودهن وتوقيع دابة والتقييد بالحاجة رواية).

علف العسكر ودوابهم في دار الحرب وأكلهم ما وجدوه من الطعام لا بأس به مطلقًا في رواية، وفي رواية أخرى زادها في الكتاب تقييد ذلك بالحاجة إليه، وجه هذه الرواية أنه مشترك فلا يباح من دون حاجة، كما في الثياب والدواب.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٧٤/٣، و«فتح القدير» ٤٧٨/٥-٤٧٩، و«البحر الرائق» ٩١/٥، و«تبيين الحقائق» ٢٥٠/٣.

(٢) «مختصر المزني» ص ٢٧٣، ٢٧٤، و«المهذب» ٤٢٤/٢، و«الوجيز» ١٩٣/٢، و«روضة الطالبين» ٤٦٤-٤٦٥/٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«الهداية» ٤٣٥/٢، و«الاختيار» ٣٧١/٤، و«البحر الرائق» ٩٢/٥، و«اللباب» ١٣٠/٤.

وجه المطلق ما روي أنه ﷺ قال في طعام خير: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»^(١)؛ ولأنَّ الحكم يدارُ على السبب الظاهر عند خفاء السبب الحقيقي، وكونهم في دار الحرب دليلُ حاجتهم، لأنَّ الغازي لا يستصحبُ قوتَ نفسه وعلفَ دابته مدةً مقامه وقد تنقطع الميرة ١٦٩/ لا يبقِي على أصل الإباحة للحاجة، وليس كذلك السلاح لاستصحابه إياه، فلم يَقم دليلُ الحاجة وقد تمسَّ إليه فيعتبرُ حقيقتها فيستعمله ثم يردُّه إلى المغنم عند الاستغناء عنه.

واستعمالُ الطيبِ وتوقيعُ الدابة من الزوائد؛ لمساسِ الحاجة إلى جميع ذلك فيلحقُ بما قبله.

والتوقيع -بالواو-: تصليبُ حافرِ الدابة بالشحم المذاب إذا حفي عن كثرة السير، وفي بعض نسخِ القدوري^(٢): (ويستعلموا الحطب) مكان: (يستعملوا الطيب). وكلا النسختين صحيح^(٣).

قال: (ويقاتلونُ بسلاحهم للحاجة).

إذا لم يكن له سلاحٌ فلا بأسَ أن يقاتلَ بما يجده من سلاح؛ لأنَّ الغالبَ أنَّ المقاتلَ يستصحبُ معه سلاحه فلم يَقم دليلُ الحاجة، فأديرَ الحكمُ على حقيقة الحاجة، وقد أطلقَ القدوري^(٤) جوازَ الاستعمال،

(١) رواه البيهقي في «السنن» ٦١/٩ وفي «معركة السنن» ١٣/١٨٩ من حديث عبد الله بن عمرو والحديث ضعف إسناده ابن حجر في «الدراية» ١٢١/٢.

(٢) «الكتاب» ١٢١/٤.

(٣) «السير الكبير» ٣/١٢٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٤٦٣-٤٦٤، و«المبسوط» ١٠/٣٤، و«الاختيار» ٤/٣٧٢، و«فتح القدير» ٥/٤٨٤-٤٨٥.

(٤) «الكتاب» ١٢١/٤-١٢٢.

وصاحب «الهداية»^(١) أوَّلُه بالحاجة فزدنا ذلك في الكتاب^(٢).

قال: (ولا يبيعوا من ذلك شيئًا).

لأنَّ البيعَ يترتبُ على الملكِ ولا ملكَ على ما قدَّمنا، وإنما ذلك على وجه الإباحة، ويدخلُ في إطلاقِ النهي عن البيعِ البيعُ بالذهبِ والفضةِ والعروض؛ لعدمِ الضرورةِ إلى ذلك، وهو معنى قولِ القدوري رحمته الله: ولا يتمُّولوه^(٣).

قال: (فإن بيعَ ردِّ الثمنِ إلى الغنيمَةِ).

هذه المسألة فرغَ زائدٌ فلو باعَ أحدهم منه شيئًا فإنه يردُّ الثمنَ إلى الغنيمَةِ لأنَّ ثمنه بدلٌ عينٍ لجماعةِ الغانمين، وأمَّا الثيابُ والأمتعةُ فيكره الانتفاعُ بها قبلَ القسمةِ لغيرِ حاجةٍ بسببِ أنها مشتركةٌ بين الغانمين فإن احتاجوا إليها في دارِ الحربِ قسَّمها الإمامُ بينهم؛ لأنَّ المحرَّمَ يصيرُ مباحًا للضرورة، فالمكروه أولى الاستباحة عند الضرورة، والسلاحُ أيضًا يقسَّم عند الحاجةِ إليه، وأما السبيُّ فإذا احتاجوا إليه يقسَّم بينهم؛ لأنَّ الحاجةَ إليه من فضولِ الحوائجِ دون أصولها^(٤).

(١) «الهداية» ٤٣٦/٢.

(٢) «الهداية» ٤٣٦/٢، و«الاختيار» ٣٧٢-٣٧٣/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٥٢/٣، و«اللباب» ١٢١-١٢٢/٤.

(٣) «السير الكبير» ١٢٢-١٢٣/٣، و«فتح القدير» ٤٨٥/٥، و«البحر الرائق» ٩٣/٥، و«اللباب» ١٢٢/٤.

(٤) «السير الكبير» ٣٨-٣٩/٤، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٣، و«فتح القدير» ٤٨٥/٥، و«تبيين الحقائق» ٣٥٢/٣، و«البحر الرائق» ٩٣-٩٤/٥.

قال: (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ فِي دَارِهِمْ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَوَلَدَهُ الصَّغِيرَ وَمَالَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَوَدِيعَتُهُ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّي).

إذا أسلم من أهل الحرب أحد في دار الحرب -وقوله: (في دارهم) من الزوائد- فقد أحرز بإسلامه نفسه؛ لأنَّ الأسترقاق أثر الكفر السابق، فالإسلام ينافي وضع الرق عليه ابتداءً وولده الصغير، لأنَّ أولاده الصغار حكم بإسلامهم تبعًا لإسلامه فيسحبُ عليهم حكم الإسلام بخلاف أولاده الكبار؛ لأنَّهم كفار حريون ولا تبعية ولا^(١) ماله الذي في يده؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَالٍ فَهُوَ لَهُ»^(٢)؛ ولأنَّ يده عليه حقيقة وأيدي الظاهرين عليه حكمية، واليدُ الحقيقية السابقة أولى بالاعتبار، ووديعته التي في يد مسلم أو في يد ذمي؛ لأن يد المسلم أو الذمي يدٌ صحيحةٌ معتبرةٌ ويدُ المودع يدُ المستودع حكمًا؛ لأنها يدٌ حافظةٌ للمالك، وهما موصوفان بالعصمة^(٣).

(١) في (ج): (دار).

(٢) رواه أبو يعلى ٢٢٦-٢٢٧/١٠ (٥٨٤٧) من طريق مروان بن معاوية عن ياسين بن معاذ الزيات، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة بلفظ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ».

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٣٣٥/٥ وقال: رواه أبو يعلى وقيد ياسين بن معاذ الزيات، وهو متروك. وقال ابن حجر في «الدراية» ١٢١/٢: إسناده ضعيف. وروى سعيد بن منصور ٧٧/١ (١٨٩) من طريق عروة مرسلاً، وإسناده صحيح كما قال ابن حجر في «الدراية».

(٣) «السير الكبير» ٤١٥-١٦، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٩، و«المبسوط» ٦٦/١٠، و«البحر الرائق» ٩٤/٥.

قال: (وإذا ظهرنا عليهم كانت زوجته وعبدُهما المقاتلُ فيئًا).

أما الزوجةُ فلأنها كافرةٌ حريئةٌ وليست بتابعةٍ له في الإسلام فكانت فيئًا ، وأما عبدُهما المقاتلُ ؛ فلأنَّه لما قاتَلَ كان متمرِّدًا على مولاه ملتحقًا بأهلِ الدارِ فكان تابعًا لهم^(١).

قال: (وعقارُهُ فيئٌ ، ووافق في روايةٍ وجعلُهُ له في أخرى كالمنقولِ ، ويوافقُ الأول في قوله الثاني ، والثاني في قوله الأول).

إذا ظهرنا على دارِ الحربِ فعقارُ من أسلمَ فيهم فيئٌ في قولِ أبي حنيفة^(٢) : وفي قولِ أبي يوسف^(٣) الآخرُ ، وفي قولِ محمد^(٤) : وفي روايةٍ ، وفي روايةٍ عن محمد^(٥) ، وهو قولُ أبي يوسف^(٦) الأولُ ، وهو مذهبُ الشافعي^(٧) أنَّ عقارَهُ له وليس بفيئٍ اعتبارًا بغيرِهِ من الأموالِ واعتبارًا بالمنقولِ.

وقيل: هو بناءٌ على أنَّ اليدَ الحقيقيةَ لا تثبتُ على العقارِ عندهما ، وعند محمد^(٨) تثبتُ.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٠ ، و«المبسوط» ٦٦/١٠ ، و«تبين الحقائق» ٢٥٣/٣ ، و«اللباب» ١٢٢/٤ .

(٢) «المبسوط» ٦٦/١٠ .

(٣) «اللباب» ١٢٢/٤ .

(٤) «الهداية» ٤٣٦/٢ - ٤٣٧ .

(٥) «البحر الرائق» ٩٤/٥ .

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٠ .

(٧) «الأم» ٣٦١-٣٦٢ ، و«روضة الطالبين» ٤٦٩/٧ .

(٨) «تبين الحقائق» ٢٥٣/٣ .

ووجه آخر في كون العقار فيئا أن اليد على العقار إنما هي يد حكمة ودار الحرب ليست بدار الأحكام، فلا اعتبار ليد فيها قبل ظهور المسلمين عليها، وبعد ظهورهم يد الغانمين هي المعتبرة؛ لأنها أقوى من يده فيها، وذكر الروايين عن محمد ^(١) رضي الله عنه وقياسه ^(٢) على المنقول من الزوائد، والضمير في قوله الثاني وقوله الأول لأبي يوسف ^(١)، ونعني بالأول أبا حنيفة ^(١) وبالثاني محمدًا ^(١) رحمهما الله؛ لأنهما مذكوران قبل قول أبي يوسف ^(١).

قال: (ووديعة في يد حربي فيء، وما عصبه وهو في يد مسلم أو ذمي فيء ويوافقه في رواية).

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا ظهرنا على دار الحرب فما وجدناه في يد حربي لمن أسلم عندهم من مال فهو فيء سواء كان وديعة أو غصبًا ولم يحتج إلى ذكر الغصب في الكتاب؛ لأن المسألة الثانية صرح فيها بأن المغصوب في يد المسلم فيء فكان في يد الحربي أولى أن يكون فيئا، و(هو) ^(٣) العلة أن يد الحربي ليست يدًا محترمة فلم تعتبر، ولا يقال: إن يد المودع هي يد المالك حكمًا، ولو كانت هذه الوديعة في يد المالك كانت معصومة فكذلك إذا كانت في يد من يده كيد، لأننا نقول: يد المودع هي يد المالك / ١٦٩ب من وجه وليست كيد من وجه، والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك؛ وهذا لأن يد المالك يد معصومة؛ لأنه مسلم ويد

(١) «فتح القدير» ٥/ ٤٨٨.

(٢) في (ب): (والقياس).

(٣) من (ب) و(ج).

المودع الحربي ليست بمعصومة فلم يمكن جعلها كيد المالك ذكره قاضي خان رحمته الله في «جامعه»^(١).

المسألة الثانية: إذا ظهرنا عليهم فما وجدناه من مالٍ من أسلم عندهم وهو مغصوبٌ في يد مسلمٍ أو (في يد) ذميٍّ فهو فيءٌ عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، وقالوا: لا يكونُ فيئًا.

هكذا ذكر الاختلاف في «السير الكبير»^(٣).

وذكر في «شرح الجامع الصغير» قول أبي يوسف^(٤) مع أبي حنيفة^(٢) رحمهما الله، فلذلك زاد هذه الرواية الموافقة له في الكتاب، فعن أبي يوسف^(٢) رحمته الله حينئذٍ روايتان: إحداهما يوافق قول أبي حنيفة^(٢)، والآخرى قول محمد^(٥).

لهما: أن المال من توابع النفس؛ والنفس معصومةٌ بإسلامه فيستتبع المال في العصمة.

ولأبي حنيفة رحمته الله أنه مالٌ مباحٌ وردَّ عليه الاستيلاء فيملكه من استولى عليه، والنفس ليست بمعصومةٍ بالإسلام لتستتبع المال؛ لأن النفس ليست متقومةً لكنها في الأصل يحرمُ التعرضُ لها؛ لأنَّ آدميٍّ مخلوقٌ لتحمل

(١) «المبسوط» ٦٧/١٠، و«الهداية» ٤٣٧/٢، و«تبين الحقائق» ٢٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٩٥/٥.

(٢) «السير الكبير» ١٦٩/٤، و«فتح القدير» ٤٩٠-٤٩١/٥، و«تبين الحقائق» ٢٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٩٤/٥.

(٣) «السير الكبير» ١٧٠/٤.

(٤) «شرح الجامع الصغير» لابن مازة البخاري ص ٤١٦.

(٥) «السير الكبير» ١٦٩/٤، و«فتح القدير» ٤٩٠-٤٩١/٥، و«تبين الحقائق» ٢٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٩٤/٥.

(أعباء) التكليف، ولا يتمكن من إقامتها إلا بالبقاء ولا بقاء إلا بالعصمة وحرمة التعرض، إلا أن هذا الدليل تقاعد عن العمل عند قيام المانع وهو الكفر والشر الصادران من المحارب^(١)، فإذا أسلم زال المانع فعمل الأصل السابق عمله، وأما المال فخلق في الأصل عرضة للامتحان والانتفاع به فكان في نفسه محلاً للتملك وليس في يده حكماً فلم تثبت العصمة فيه^(٢).

قال: (وإذا خرجوا من دارهم لم يعلفوا من الغنيمه ولا يأكلوا منها ويردُّ الفاضلُ إليها قبلَ القسمة ويتصدقُ به بعدها).

إذا خرج المسلمون من دار الحرب لم نجز لهم أن يعلفوا من الغنيمه ولا أن يأكلوا منها؛ لأن الإباحة كانت بعارض الحاجة والضرورة وقد أندفعنا؛ ولأن الحق قد تأكد الآن حتى يورث نصيب من مات (منهم)^(٣) ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام، وإذا فضل مع أحدهم علف أو طعام رده إلى الغنيمه، هذا إذا كان قبل القسمة. وقد زدنا ذلك في الكتاب وهو المراد بإطلاق القدوري^(٤) رحمته الله؛ وهذا لأن اختصاص البعض ببعض ذلك مبني على الحاجة والضرورة وقد زالتا، وهذا بخلاف المتلصص؛ لأنه أحق بما أخذه قبل الإحراز فكذا يكون أحق به بعده، وأما إذا قسم الإمام وفضل مع أحدهم شيء بعد القسمة تصدق

(١) من (ب): (المحارم).

(٢) «السير الكبير» ١٦٩/٤ - ١٧٠، و«فتح القدير» ٤٩٠ - ٤٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/

٢٥٣، و«البحر الرائق» ٩٤/٥.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «الكتاب» ١٣١/٤.

به، وهذا من الزوائد أيضًا يعني: إذا كانَ غيرَ محتاجٍ إليه، أما إذا كان محتاجًا إليه فهو أولى بالانتفاع به وهذا لأنَّه في حكم اللقطة لتعذر رده على جملة الغانمين، وإن كان قد أُنْتَفَع به بعد الإحراز يردُّ قيمته إلى المغنم قبل القسمة وأما بعد القسمة فالغني يتصدق بها والفقير لا شيء عليه؛ لقيام القيمة مقام الأصل فتأخذ حكمه^(١).



(١) «المبسوط» ٣٤/١٠، و«الهداية» ٤٣٦/٢، و«الاختيار» ٣٧٣/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٥٣/٣، و«البحر الرائق» ٩٣-٩٤/٥.

فصل:

في كيفية القسمة

قال: (ويقسَّم أربعة الأُخماس بين الغانمين للفارسِ سهمانِ

وقال ثلاثةٌ ويعطى الراجلُ سهمًا).

تقسَّم الغنيمة على خمسة أسهم فيرفعُ الخمسُ لقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَوْا
أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ
السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] وسيأتي كيفية القسمة عليهم، وتقسَّم أربعة الأُخماسِ
على الغانمين؛ لأنَّه ﷺ قَسَمَهَا بينهم^(١)، والفارسُ منهم له سهمانِ عند
أبي حنيفة^(٢) ﷺ.

وقالا^(٢): ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي^(٣) ﷺ، وللراجل سهم واحد
بالانفاق.

لهم: رواية ابن عمر رضي الله عنهما أنه رضي الله عنهما أسهم للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل
سهمًا؛ ولأنَّ استحقاقَ الراكبِ بعنائه في الحرب، وكفائه فيه وعناؤه على
ثلاثة أمثالِ الراجلِ، فإنَّه للكر والفر والثبات، وليس يعنى الراجلُ إلَّا في
الثبات.

وله: رواية ابن عباس رضي الله عنهما أنه رضي الله عنهما أعطى الفارسَ سهمينِ والراجلَ

(١) رواه أبو عبيد في «الأموال» ٢٠/١ (٣٧) من طريق علي بن أبي طلحة عن ابن
عباس: كانت الغنيمة تقسم على خمسة أخماس فأربعة منها لمن قاتل.

(٢) «السير الكبير» ٣/٣٥-٣٦، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٤٣٧-٤٣٩، و«مختصر
الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/٤١، و«اللباب» ٤/١٣١-١٣٢.

(٣) «التنبيه» ص ٢٣٥، و«الأم» ٧/٣٣٧، و«المهذب» ٢/٢٤٥، و«حلية العلماء»
٧/٦٧٨-٦٧٩.

سهماً^(١)، وفي رواية ابن عمر رضي الله عنهما أيضاً أنه رضي الله عنه قسم للفارس سهمين^(٢)، فتعارضت روايتا فعله رضي الله عنه وروايتا ابن عمر رضي الله عنهما، فوجب الرجوع إلى القول، وقد قال رضي الله عنه: «للفارس سهمان والراجل سهم»^(٣)، والكرُّ والفرُّ جنسٌ واحدٌ فيكون عناءُ الراكبِ ضعفاً عناءِ الراجلِ فيفضلُ عليه بسهمٍ؛ ولأنَّه لما تعذَّرَ اعتبارُ قدرِ الزيادةِ لتعذُّرِ الوقوفِ على الحقيقةِ أديرَ الحكمُ على السببِ الظاهرِ، والفارسُ نفسٌ وفرسٌ، والراجلُ نفسٌ واحدةٌ، فكان استحقاقُ الراكبِ على ضعفه^(٤).

قال: (ويسهم لفرسين وقالوا: لواحد).

قال أبو يوسف^(٥) رضي الله عنه: يسهم لفرسين؛ لما روي أنه رضي الله عنه أسهم لفرسين^(٥)؛ ولأنَّ أحدهما ثكل فيحتاجُ إلى الآخرِ.

(١) رواه أبو داود (٢٧٣٦)، وأحمد ٤٢٠/٣ من حديث مجمع بن جارية، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤١٦/٣: غريب من حديث ابن عباس، وقال ابن حجر في «الدراية» ١٢٣/٢: لم أجده.

(٢) رواه الدارقطني ١٠٦/٤ من طريق ابن أبي شيبة، وقال: قال لنا النيسابوري: هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة أو من الرمادي. آه وهو في «المصنف» ٤٩٢/٦ (٣٣١٥٩) بلفظ: «للفرس سهمين وللرجل سهمًا» وبوب عليه: في الفارس كم يقسم له؟ من قال: ثلاثة أسهم. وانظر «الدراية» ١٢٣/٢.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤١٧/٣: غريب جدًّا، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبة. وقال الحافظ في «الدراية» ١٢٣/٢ (٧٢٠): لم أجده من قوله رضي الله عنه.

(٤) «السير الكبير» ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٤٣٨/٢، و«الاختيار» ٣٧٦/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٥٤-٢٥٥، و«البحر الرائق» ٩٦/٥.

(٥) رواه الدارقطني ١٠٤/٤ عن بشير بن عمرو بن محصن أن النبي ﷺ أسهم لفرسيه أربعة أسهم.

ولهما^(١): أَنَّ البراءَ بنَ أوسٍ رضي الله عنه قَادَ فرسينِ فلم يسهم النبي ﷺ إِلَّا لفرسٍ واحدٍ^(٢)؛ ولأنَّ القتالَ لا يتحققُ بهما جميعًا دفعةً واحدةً^(٣)، فلم يكن السببُ الظاهرُ مفضيًا إلى القتالِ عليهما فيسهمُ للواحدِ، ولهذا فإنه لا يسهمُ لثلاثة، وما روى أبو يوسف^(٤) رضي الله عنه محمولٌ على التنفيل كما أعطى سلمةُ بن الأكوعِ سهمين وهو راجلٌ.

قال: (ويتساوى البراذين والعناقُ).

لأنَّ إرهابَ العدوِّ مضافٌ إلى جنسِ الخيلِ في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] / ١٧٠/ والجنسُ شاملٌ للعربي والبرذونِ الهجينِ والمقرِفِ؛ ولأنَّ في كلٍّ منهما جنسٌ منفعةٌ مطلوبةٌ، فكما أنَّ في العربي القوةَ على الكر والفر والطلبِ والهربِ؛ ففي البرذونِ لين العطفِ والثباتُ والصبرُ، فاستويا^(٥).

قال: (ولا يسهم لبغلٍ ولا راحلةٍ).

لأنَّ ذلكَ آلهٌ فلا يستحقُّ صاحبُها لأجلها شيئًا كسائر الآلاتِ، ولئن كان القياسُ في الفرسِ ذلكَ إِلَّا أَنَّهُ عدلَ به عن قضية القياس للنص،

(١) «السير الكبير» ٣/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤١٩: غريب بل جاء عنه عكسه، كما ذكره ابن منده في كتاب الصحابة في ترجمته.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «السير الكبير» ٣/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٠-٤٤١، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤٢، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٨، و«اللباب» ٤/ ١٣٢.

فبقي ما سواه على أصل القياس^(١).

قال: (ونعتبر حال مجاوزة الدرب لا أنقضاء الحرب فمن دخل دارهم فارساً فنفق فرسه أستحق سهم فارس أو راجلاً فاشترى فارساً فسهم راجل).

ذكر أصلاً وبني عليه فرعه، الأصل عندنا^(٢) في استحقاق سهم الفارس والراجل اعتبار مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الإسلام والحرب، فمن دخل دارهم وجاوز الدرب وهو فارسٌ أستحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلاً أستحق سهم راجل، وإن اشترى فارساً بعد ذلك.

والأصل عند الشافعي^(٣) رحمته اعتبار حاله (عند)^(٤) أنقضاء الحرب.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة^(٢) رحمته فيما إذا جاوز راجلاً ثم اشترى فارساً أنه يستحق سهم الفرسان، له أن سبب الاستحقاق حقيقة هو القهر والقتال، فوجب اعتبار حال المقاتل عند ذلك فارساً وراجلاً، والمجاوزة وسيلة إلى إدراك هذا السبب، وتعليق الأحكام بالأسباب هو الأصل عند الإمامان. وهو حاصل.

ألا ترى أن سوق العسكر لا يعطون إلا أن يقاتلوا وكذلك الصبي والعبد المحجور عليهما يرضخ لهما بحسب قتالهما ولولا الإمامان لما

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ٤٢/١٠، و«الاختيار» ٣٧٦/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٥٥/٣.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٤١/٣، و«الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ٤٣/١٠، و«إثارة الإنصاف» ص ٤٥٣-٤٥٦، و«اللباب» ١٣٢/٤.

(٣) «الأم» ٣٣٨/٧، و«المهذب» ٢/٢٤٦، و«التنبيه» ص ٢٣٥، و«حلية العلماء» ٦/٦٨١.

(٤) من (ب).

علقَ الحكمَ به، وإنْ تعذرَ ذلكَ أو تعسَّرَ وجبَ تعليقُ الحكمِ بشهودِ الوقعةِ فإنَّهُ أقربُ إلى القتالِ من مجاوزةِ الدربِ.

ولنا^(١): أنَّ تعليقَ الاستحقاقِ إما أن يكونَ بحقيقةِ القتالِ أو بالتمكينِ منه أو بشهودِ الوقعةِ أو حالِ أنقضاءِ الحربِ أو بدخولِ الدربِ، لا جائزَ أن يعلقَ (بحقيقةِ القتالِ؛ لأنَّ الفارسَ لو ربطَ فرسَهُ حالَ القتالِ وقَاتَلَ راجلاً لضيقِ المكانِ أَسْتَحَقَّ سَهْمَ الفرسانِ، مع أن الوقوفَ على حقيقةِ القتالِ متعسر، ولا جائزُ^(٢) أن يعلقَ^(٣) بالتمكينِ من القتالِ لأن المتمكنِ من القتالِ على فرسٍ مستعارٍ لا يستحقُّ سهمَ الفرسانِ ولا جائزُ أن يعلقَ بشهودِ الوقعةِ؛ لأنَّه حالُ التقاءِ الصفيينِ والاشتغالِ بالحربِ فالوقوفُ على ذلكَ متعسرٌ أيضاً، وأسبابُ الأحكامِ يجبُ أن تكونَ ظاهرةً غيرَ متعذرةٍ ولا متعسرةٍ، ولا جائزُ أن يعلقَ بحالِ^(٤) أنقضاءِ الحربِ؛ لأنَّ المقصودَ بالخيلِ إرهابُ العدوِّ أو مباشرةُ القتالِ وهذا لا يحصلُ إلا قبلَ أنقضاءِ الحربِ لا بعدهُ فوجبَ التعليقُ بالسببِ الظاهرِ وهو حالُ مجاوزةِ الدربِ الذي به يحصلُ إرهابُ العدوِّ وخوفُهُ واستعلامُهُ كميةً أعدادِ الركبانِ والرجلى فهو مبتدأُ الحربِ والقتالِ وما بعدَ هذهِ الحالةِ حالةُ بقاءٍ ودوامٍ، والاعتبارُ للابتداءِ لا للبقاءِ^(٥).

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/٤٤١، و«الطحاوي» ص ٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/٤٣،

و«إيثار الإنصاف» ص ٤٥٣-٤٥٦، و«اللباب» ٤/١٣٢.

(٢) (لا جائز) كذا في جميع النسخ.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ج): (بحكم حال).

(٥) «السير الكبير» ٣/٤٥-٤٧، و«المبسوط» ١٠/٤٣-٤٤، و«فتح القدير» ٥/٤٩٨-

٤٩٩، و«الاختيار» ٤/٣٧٤، و«البحر الرائق» ٥/٩٦-٩٧.

فروع: ولو دخل فارسًا وقاتلَ راجلاً أَسْتَحَقَّ سَهْمَ الْفَرَسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، ولو دخلَ فارسًا ثم باعَ فرسَهُ أو وهبَهُ أو أجرَهُ أو رهنَهُ ففيه روايتان: إحداهما وهو روايةُ الحسن بن زياد^(١) عن أبي حنيفة^(٢) رضي الله عنه: يستحقُّ سهمَ الفرسانِ اعتبارًا للمجاورة وفي ظاهرِ الرواية: يستحقُّ سهمَ الرجلِ؛ لأنَّ الإقدامَ على هذه التصرفاتِ دليلٌ على أنه لم يقصدْ بالمجاورة القتالَ فارسًا، ولو باعَهُ بعد الفراغِ لم يسقطْ سهمُ الفرسانِ، وكذا لو باعَهُ حالَ القتالِ عند بعضِ المشايخ. والأصحُّ أنَّه يسقطُ؛ لأنَّ البيعَ دليلٌ على أنَّ العرضَ إنما هو التجارة. وإنما ينتظرُ به غرة متاعِهِ^(٣).

قال: (ويرضخُ لعبدٍ ومكاتبٍ وصبيٍّ وذميٍّ يقاتلون بما يراه الإمامُ أو يدلُّ الذميُّ على الطريقِ، ولإمراةٍ تقومُ بأمورِ الجرحى والمرضى).

العبدُ والمكاتبُ والصبيُّ والذميُّ والمرأةُ لا يسهمُ لهم، ولكن يرضخُ^(٢) لهم الإمامُ، على حسب ما يراه؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه رضي الله عنه لم يسهمْ للعبدِ والنساءِ والصبيانِ^(٣).

وروى ابن عباسٍ رضي الله عنه أنه يرضخُ للعبدِ والمرأةِ^(٤) ولما أَسْتَعَانَ باليهودِ على اليهودِ لم يعطهم شيئًا من الغنيمةِ^(٥)، أي: لم يسهمْ لهم؛ لأنَّ الجهادَ

(١) «المبسوط» ٤٣/١٠-٤٤، و«الهداية» ٤٣٩/٢، و«البحر الرائق» ٩٦/٥.

(٢) يرضخ: هو العطاء ليس بالكثير. «الصحاح» ٤١٠ مادة رَضَخَ.

(٣) لم أجده من حديث أبي هريرة، وقد رواه مسلم (١٨١٢) من حديث ابن عباس وليس فيه ذكر الصبيان. انظر: «نصب الراية» ٤٢٠/٣.

(٤) رواه مسلم (١٨١٢).

(٥) رواه البيهقي في «السنن» ٥٣/٩ من طريق الشافعي، وقال: تفرد بهذا الحسن بن عمار، وهو متروك، ولم يبلغنا في هذا حديث صحيح.

عبادة، وهؤلاء ليسوا من أهلها، أمّا الذميّ فظاهر، وأمّا المرأة والصبيّ فعاجزان عنه، ولذلك لم يفرض عليهما؛ وأمّا العبدُ فمشغولٌ بخدمة المولى، وله منعه عن القتال، وإنما يرضخُ لهم تحريضًا على القتال مع إظهارٍ أنحطاطٍ رتبتهُم عن رتبةٍ غيرهم، وزاد في الكتاب: المكاتب؛ لأنّه بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم العجز فيمنعه المولى عن القتال، وزاد قوله: (يقاتلون)؛ لأنّ العبد إنّما يرضخُ له إذا قاتل؛ لأنّ دخوله لم يكن على قصد القتال؛ لأنّه خادمٌ لمولاه، فصار كدخول التاجر، فإذا قاتل رضى له.

وزاد أيضًا قوله: (أو يدلّ الذميّ على الطريق). أي: إنّما يرضخُ للذمي بالقتال أو بالدلالة على الطريق وعورات المشركين من غير قتال؛ لأنّ في ذلك منفعةٌ للمسلمين.

ويجوزُ للإمام أن يزيده على السهم في الدلالة إذا كان فيها منفعةٌ عظيمةٌ للمسلمين؛ لأنّ ذلك ليس من عمل الجهاد / ١٧٠ب/ فيجوزُ أن يزاد، ولا يبلغ^(١) به السهم في القتال إذا قاتل، لأنّ ذلك جهادٌ فيجبُ أن لا يبلغ به نصيب المسلم^(٢).

قال: (ونجعلهُ من غير الخمس).

الضميرُ يرجعُ للرضخ، فعندنا ما يرضخه الإمام لهؤلاء يكون من أربعة الأخماس.

(١) في الأصل: (ينبع).

(٢) «السير الكبير» ١٠٧/٣، و«مختصر آخلاف العلماء» ٣/٤٣٠-٤٣١، و«مختصر

الطحاوي» ص ٢٨٥-٢٨٦، و«اللباب» ٤/١٣٢.

وعند الشافعي^(١) رحمته الله من الخمس.

له: ما وراء الخمس حق الغانمين، فلا يجوز أن يزاحمهم سهم غيرهم.

ولنا^(٢): أنهم يستحقون ذلك بسبب القتال فكانوا من الغانمين إلا أنهم نقص حقهم عن حقوق الغانمين، وبنقصان حقوقهم لا يخرج عن أن يكون من الغانمين فإن سهم الراجل أقل من سهم الفارس.

قال: (ويقسّم الخمس سهمًا لليتامى وسهمًا للمساكين وسهمًا لأبناء السبيل، يدخل فيهم فقراء ذوي القربى ويقدمون، ونمنع أغنياءهم ونسقط سهمهم رحمته الله بموته كما سقط الصفي، وكان استحقاق ذوي القربى بالنصرة وبعده بالفقر).

أما القسمة على ثلاثة أسهم فلما روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن الخمس كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة أسهم: سهم لله تعالى ولرسوله صلى الله عليه وسلم وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل. ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة أسهم لليتامى، والمساكين، وابن السبيل^(٣).

(١) «الأم» ٣٤٢/٧، و«المهذب» ٢/٢٤٦-٢٤٧، و«التهيه» ص ٢٣٥، و«حلية العلماء» ٦٨٢-٦٨١/٧.

(٢) «الهداية» ٢/٤٣٩-٤٤٠، و«الاختيار» ٤/٣٧٦-٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٥٦، و«البحر الرائق» ٥/٩٧-٩٨.

(٣) عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/٤٢٤ لأبي يوسف.

وأما دخول فقراء ذوي القربى فيهم وتقديمهم، ومنع الأغنياء، فالخلاف فيه مع الشافعي^(١) رحمته الله فعنده يُدْفَعُ إليهم خمسُ الخمسِ ولا يُمنعُ أغنيائهم، ويقسّمُ بينهم للذكرِ مثلُ حظِ الأنثيين. له أنَّ إطلاقَ الكتابِ لم يفصلُ بين الغني والفقيرِ وأثبتَ لهم الاستحقاقَ بحرفِ اللامِ.

ولنا^(٢): ما رويناہ آنفاً، ولو كان لذوي القربى حقٌّ لم يجرُ لهم إسقاطُهُ. واتفاقُ أهلِ السيرةِ على أنَّه رحمته الله نفلَ الخمسَ بهوازنَ ولم يعطِ هاشمياً منه شيئاً، وقسّمَ خبيرَ ومنع العباسَ وقسّمَ لفاطمة رحمته الله دون زينب وأُم كلثوم، ولو كان حقّاً لهم لما منعهم كما لم يمنعِ الغانمين من حقوقِهِم.

وروى عبدُ الله بنُ أبي ليلَى عن عليٍّ رحمته الله: أن فاطمةَ أتتِ النبيَّ رحمته الله وقد بلغها أنَّه أتى بسبي تسأله خادماً فلم تلقَهُ ولقيت عائشة رحمته الله فلما أتى النبيَّ رحمته الله أخبرته بما سألت (فاطمة)^(٣) فأتانا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا لنقوم فقال: «مكانكمَا» وقعدَ بيننا فقال: «ألا أدلكُمَا على خيرٍ ممَّا سألتما: تكبران الله أربعاً وثلاثين وتسبحانه ثلاثاً وثلاثين وتحمداً ثلاثاً وثلاثين إذا أخذتما مضاجعكما؛ فإنه خيرٌ لكمَا من خادمٍ»^(٤)، ومن المشهورِ أنه لم يسو بينهم ولم يقسّمَ بينهم للذكرِ مثلُ حظِ الأنثيين؛ ولأنَّ النبيَّ رحمته الله قال: «يا معشرَ^(٥) بني هاشم، إنَّ اللهَ كَرِهَ لكم غسالةً

(١) «المهذب» ٢/٢٤٧-٢٤٨، و«التنبيه» ص ٢٣٥، و«حلية العلماء» ٧/٦٨٧-٦٨٩، و«غاية البيان» ص ٣٠٨.

(٢) «السير الكبير» ٣/١١٨-١١٩، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٥١١-٥١٥، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٤٤-٤٥٠، و«اللباب» ٤/١٣٣-١٣٤.

(٣) من (ج).

(٤) رواه البخاري برقم (٦٣١٨) ومسلم (٢٧٢٧).

(٥) في (ب): (معاشر).

أيدي^(١) الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخُمُسِ الخُمُسِ^(٢)، والعوضُ إنما يثبتُ في حق من يثبت له المعوضُ وهم الفقراءُ، وقد كان عليه الصلاة والسلامُ يعطيهم للنصرة لا بالاسم^(٣).

ألا ترى أنه ﷺ أعطى بني المطلبِ وحرَمَ بني أميةَ وهم إليه أقربُ، فإنَّ أميةَ أخو هاشمٍ لأبويه، والمطلبُ أخوه لأبيه، دلَّنا ذلك على أنَّ الاستحقاقَ لم يكن بالقربِ.

ومما يقرُّ ذلك ما روى سعيدُ بنُ المسيبِ، عن محمد بن جبير بن مطعم^(٤)، عن أبيه قال: لما وضعَ رسول الله ﷺ سهم^(٥) ذوي القربى وبني هاشمٍ وبني المطلبِ وتركَ بني نوفل وبني عبد شمسٍ أنطلقْتُ أنا وعثمانُ فقلْتُ: يا رسول الله ﷺ، هؤلاء بنو هاشمٍ لا ننكرُ فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم، فما بالُ إخواننا من بني المطلبِ أعطيتهم وتركنا وقربتنا واحدة؟! فقال ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو المطلبِ وبنو هاشمٍ كشيءٍ واحدٍ» وشبَّكَ

(١) من (ب).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٢٤ - ٤٢٥: غريب، وعند الطبراني في «الكبير» ٢١٧/ ١١ عن ابن عباس بلفظ «لا يحل لكما أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم أو يكفيكم».

(٣) في (ج): (بالأسم).

(٤) هو محمد بن جبير بن مطعم بن عدي القرشي، أبو سعيد المدني، وثقه العجلي، وابن خراش، وابن حبان، وقال عبد الرحمن بن أبي الزناد: توفي محمد في خلافة سليمان بن عبد الملك، وكان ثقةً قليل الحديث، وقال غير واحد: مات في خلافة عمر بن عبد العزيز. روى له الجماعة. انظر «التاريخ الكبير» للبخاري ١/ ٥٢ (١٠٩)، و«تهذيب الكمال» ٥٧٣/ ٢٤ (٥١١٣).

(٥) من (ب، ج).

بين أصابعه^(١). دلنا ذلك على أن الاستحقاق بالنصرة.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمته الله^(٢): وليس المراد نصرة القتال، فقد كان موجوداً من عثمان وجبير بن مطعم^(٣)، وإنما أراد نصرة الاجتماع إليه للمؤانسة في حال هجران الناس إياه على ما روي أن الله تعالى لما بعث رسوله من بني هاشم ورأت قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاقدوا^(٤) أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم؛ حتى يدفعوا إليهم رسول الله رحمته الله (فيقتلوه. وتعاقد^(٥) بنو هاشم على القيام بنصرة رسول الله رحمته الله)^(٦) فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش، ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم، وإليه قد أشار الحديث «لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام»^(٧) وإذا ثبت أن الاستحقاق بتلك النصرة ولم يبق بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فلم يبق الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته، بل لعدم الحكم عند عدم علته أو نقول ثبت (بالكتاب أن الاستحقاق بالقرابة وبيان رسول الله رحمته الله أن الاستحقاق بالنصرة فكان الاستحقاق ثابتاً بعلّة ذات وصفين:)^(٨) القرابة والنصرة، وقد عُدّ أحد الوصفين وهو النصرة بعد وفاته فانتهى الاستحقاق، كما أنتفى حين عدم النصرة في حق بني نوفل وبني عبد شمس فمنعهم في حياته، فبنو هاشم وبنو عبد المطلب بعد وفاته بمنزلة بني نوفل وبني عبد شمس في حياته.

(١) رواه النسائي ١٣١/٧، وأحمد ٨١/٤.

ورواه البخاري (٣١٤٠) بدون لفظ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام».

(٢) «المبسوط» ١٢/١٠. (٣) تقدمت ترجمته.

(٤) في (ج): (تعاهدوا). (٥) في (ج): (تعاهد).

(٦) ساقط من (ب). (٧) سبق تخريجه.

(٨) ساقط من (ب).

قوله: (ويسقط سهمه ﷺ بموته كما سقط الصفي).

هذا التفاتٌ إلى الآية فإنَّ المذكورَ فيها ستّة، وقد قسمَ أبو العالية^(١) كذلك فقال: يصرفُ سهمُ الله إلى عمارةِ الكعبةِ إن كانت القسمةَ قريباً منها / ١٧١/ وإلا فإلى عمارةِ الجوامعِ القريبةِ من القسمة؛ لأنها مواضعُ مضافةٍ إليه، وهذا السهمُ مضافٌ إليه فيصرفُ إليها، ولسنا نأخذُ بذلك فذكرَ أَسْمَ الله ليس للاستحقاقِ؛ لأنَّ الدنيا بما فيها لله تعالى ولكن ذكرَ للتبرُّكِ أو التشريفِ لهذا المالِ؛ لأنَّ إضافةَ شيءٍ من الدنيا إلى الله تعالى على الخصوصِ لمعنى التشريفِ كالمساجِدِ والناقةِ وهذا المعنى يتحقَّقُ في الغنيمة؛ لأنها أُصِيبَتْ^(٢) بطريقٍ فيه إعلاءُ كلمةِ الله تعالى وإعزازُ دينه، وسهمُ النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي؛ لأنه ﷺ كان يستحقُّه برسالتِهِ ولا رسولَ بعده، والصفي: شيءٌ كان يصطفيه عليه الصلاة والسلام من الغنيمة من درعٍ أو سيفٍ أو جاريةٍ.

وقال الشافعي^(٣) رحمه الله عنه: يصرفُ سهمُ عليه الصلاة والسلام إلى الخليفة، وذووا القربى كانوا يستحقونَ سهمهم في زمنِ النبي ﷺ بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر.

قال صاحبُ «الهداية»^(٤): وهذا قولُ الكرخي^(٥).

وقال الطحاويُّ: سهمُ الفقير منهم ساقطٌ أيضاً؛ لما فيه من معنى الصدقةِ نظراً إلى المصروفِ فيحرمه كما حرم العمالة. - أعني: عامل

(١) «المبسوط» ٩/٨-٩، و«البحر الرائق» ٩٨/٥.

(٢) في (ج): (أضيفت).

(٣) «المهذب» ٢/٢٤٩، و«حلية العلماء» ٧/٦٩١، و«غاية البيان» ص ٣٠٨.

(٤) «الهداية» ٢/٤٤١.

(٥) «المبسوط» ٩/١٠، و«الهداية» ٢/٤٤٠-٤٤١.

الزكاة- إذا كان هاشميًا لا يُعطى شيئًا؛ لأنَّه (شبهة الصدقة)^(١) ووجهُ قولِ الكرخي، وقيل: هو الأصحُّ ما روى ابن عمر رضي الله عنهما: أعطى الفقراء منهم. والإجماعُ أنْ عقدَ على سقوطِ حقِّ الأغنياءِ منهم، أما الفقراءُ منهم فيدخلونَ في الأقسامِ الثلاثة.

قال: (وإذا دخل واحد أو اثنان دارهم مغيرين بغير إذن لم يخمس أو بإذن خمس على المشهور أو جماعة بمنعة بغير إذن خمس).

إذا دخلَ الواحدُ أو الاثنان دارَ الحربِ مغيرين بغيرِ إذنِ الإمامِ فأخذوا شيئًا لم يخمس؛ لأنَّ الغنيمةَ هي ما أُخذَ قهراً وغلبةً لا اختلاساً وسرقةً، والخمسُ وظيفةُ الغنيمةِ ولو دخلَ الواحدُ أو الاثنان دارَ الحربِ بإذنِ الإمامِ ففي الخمسِ روايتان أشهرُهُما أنَّه يخمس، وهذه المسألةُ من الزوائد؛ لأنَّ إذنَ الإمامِ بالدخولِ إليهم مستلزمٌ لالتزامه بنصرتهم فكانَ إذنُهُ لهم كمنعِهِم وإن دخلَ جماعةٌ لهم منعةٌ فأخذوا شيئًا خمس، وإن لم يأذن لهم الإمامُ؛ لأنَّه مأخوذٌ من دارِ الحربِ غلبةً وقهراً فكانَ غنيمةً فيخمس، ولأنَّه يجبُ على الإمامِ أنْ ينصَرَهُم؛ لأنَّ في تركِ نصرتهم خذلاناً لهم، وفي ذلك إلحاقُ الوهنِ والضعفِ بالمسلمين بخلافِ الواحدِ والاثنين حيثُ لا يجبُ عليهم نصرتهم^(٢).



(١) في (ب، ج): (شبهة الصدقة).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٦٢-٤٦٣، و«الهداية» ٤٤١/٢، و«الاختيار»

٣٧٨-٣٧٩، و«تبيين الحقائق» ٢٥٧-٢٥٨/٣.

فصل في التنفيل

قال: (ولا بأس بالتنفيل حال القتال فيقول الإمام: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ، فيأخذ ما عليه من ثيابه وسلاحه ومركبه بسرجه وآلته وما معه، أو محمولاً على دابته من مالٍ أو يجعل لسرية الرُّبْع بعد الخُمُس وينقطع به حق الغير، ويثبت الملك بالإحراز).

لا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض به على القتال، فيقول: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ، أو يقول لسرية: قد جعلت لكم الرُّبْع بعد الخُمُس. أي: بعد ما رفع الخمس وهذا لأن التحريض على القتال مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وهو حاصل بالتنفيل، ثم التنفيل قد يكون بما ذكر وقد يكون بغيره، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لتضمنه إبطال حق الكل، فإن فعل ذلك مع السرية جاز؛ لأن التصرف إليه، وقد تكون المصلحة فيه لشجاعة أولئك وكفاءتهم، والسلب: ما على المقتول من ثيابه وسلاحه فيأخذه، وكذلك يأخذ مركبه، وزاد ما على المركب من سرج وآلة وما معه على دابته من ماله في حقيبته أو على وسطه. كذا ذكره صاحب «الهداية»^(١)، وما عدا هذا فليس بسلب وكذا ما كان مع غلامه على دابة أخرى.

وقد أشارَ إلى هذه المسألة بقوله: (أو محمولاً على دابته) بالإضافة الدالة على التخصيص به، وحكمُ التنفيلِ أنقطاع حق الباقيين عنه^(١).
وأما الملكُ فإنما يثبتُ بعد الإحرازِ -يعني: بدارِ الإسلام- لما قدمنا من قبلُ.

وفائدة ذلك تظهَرُ فيما إذا قالَ الإمامُ: من أصابَ جاريةً فهي له فأصابها مسلمٌ واستبرأها لم يحلْ له وطؤها وكذا لا يجوزُ بيعُها.
وهذا عند أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٣) رحمهما الله.
وقال محمد^(٤) رحمته الله: له وطؤها (وبيعها)^(٥) لأنَّ التنفيلَ يثبتُ به الملكُ عنده كما يثبتُ بالقسمة في دارِ الحربِ، وهذان من الزوائد.

قال: (وإذا لم ينفلُ نجعلُ السلبَ غنيمةً لا مستحقاً لمن أزال منعةً مقبلَ زمانِ الحربِ كقطعِ طرفيه أو أسره).

إذا لم يجعلِ الإمامُ السلبُ للقاتلِ فالسلبُ^(٦) من جملة الغنيمة، والقاتلُ وغيره فيه سواءٌ.

وقال الشافعي رحمته الله: السلبُ لمن أزالَ منعةً مقبلِ احترازاً عما إذا قتل مدبراً أو أزالَ منعته، ويكونُ ذلك زمانَ الحربِ احترازاً عما قبله وبعده، ومثلُ إزالةِ المنعةِ بقطعِ الطرفينِ أو أسره، وهذه القيودُ زوائدُ، واعتبارها

(١) «السير الكبير» ١٣٧/٢-١٤٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ٤٥٦-٤٥٨، و«الطحاوي» ص ٢٨٤، و«المبسوط» ٤٧/١٠، و«اللباب» ١٣٠-١٣١.

(٢) «الهداية» ٤٤٢/٢، و«الاختيار» ٣٧٩-٣٨٠، و«تبيين الحقائق» ٢٥٩-٢٦٠، و«البحر الرائق» ١٠٢/٥.

(٣) في (ب): (وكذا يجوز بيعها).

(٤) في (ب): (فهو).

هو الصحيح من مذهب الشافعي رحمته الله دون تخصيص القتال؛ لأنه مزيل منعة المقبل أو قاتله (أو أزال منعته ويكون ذلك زمان الحرب، واعتبارها)^(١) أكثر عناء فتختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه / ١٧١ب / وبين غيره.

ولنا^(٢): أنه مأخوذ بقوة جيش الإسلام فكان غنيمة، فوجب أن يقسم قسمة الغنائم عملاً بالنص، وقال رحمته الله لحبيب بن أبي سلمة^(٣): «ليس لك من (سلب)^(٤) قتيلك إلا ما طابث به نفس إمامك»^(٥)، ولا اعتبار بزيادة العناء^(٦) لأنه في جنس واحد^(٧) فيدار الحكم على السبب الظاهر، إنما يقع الاعتبار بالعناء إذا اختلف الجنس كالفرس والراجل لإمكان الوقوف عليه^(٢).

(١) ساقط من (ب).

(٢) «السير الكبير» ١٧٨-١٧٩، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٤، و«المبسوط» ١٠/ ٤٧، و«تبين الحقائق» ٣/ ٢٥٨-٢٥٩، و«اللباب» ٤/ ١٣٠-١٣١.

(٣) حبيب بن أبي سلمة هكذا في الأصل، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٣٠: هكذا وقع في «الهداية»: حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيب بن مسلمة اهـ وهو حبيب بن مسلمة بن مالك القرشي الفهري، يُكنى أبا عبد الرحمن، ويقال له: حبيب الدروب، وحبيب الروم؛ لكثرة دخوله إليهم ونبله منهم، حارب مع معاوية بصفين وغيرها، وسيّره معاوية إلى أرمينية واليا عليها فمات بها سنة اثنتين وأربعين، ولم يبلغ خمسين سنة، وقيل: توفي بدمشق.

انظر: «معرفة الصحابة» ٢/ ٨٢٠ (٦٨٩)، و«الاستيعاب» ١/ ٣٨١ (٤٨٨)، و«أسد الغابة» ١/ ٤٤٨ (١٠٦٨) «الإصابة» ١/ ٣٠٩ (١٦٠٠).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) رواه الطبراني ٤/ ٢٠ (٣٥٣٣) من حديث معاذ، ولفظه «إنما للمرأة ما طابت به نفس إمامه». وقال الهيثمي في «المجمع» ٥/ ٣٣١: فيه عمرو بن واقد وهو متروك.

(٦) في (ب): (الغانم).

(٧) من (ب) و(ج).

قال: (ولا ينقل بعد الإحراز إلا من الخمس).
 إذا أحرزت الغنائم بدار الإسلام فلا تنفيل؛ لأن حق الغير قد تأكّد فيها
 بسبب الإحراز، وإنما أسّنى الخمس؛ لعدم حق الغانمين فيه^(١).



(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/٤٥٨-٤٦٠، و«المبسوط» ١٠/٤٩، و«تبيين
 الحقائق» ٣/٢٥٨، و«اللباب» ٤/١٣٠.

فصل في استيلاء الكفار

قال: (وإذا غلبَ التركُ على الرومِ فسبّوهم وأخذوا أموالهم ملكوها، وإذا غلبنا عليهم حلت لنا).

إذا غلبَ التركُ على الرومِ فسبّوهم وأخذوا أموالهم ملكوها؛ لأنَّ أموالهم مباحةٌ، وقد وقعَ الاستيلاءُ عليها، والاستيلاءُ على المباحِ سببُ الملكِ فيه على ما نبينه إن شاء الله تعالى. فإن غلبنا نحن على التركِ حلَّ لنا ما نجده^(١) من ذلك المال^(٢) المستولى عليه اعتبارًا بسائرِ أملاكهم^(٣).

قال: (وإن غلبوا على أموالنا فأحرزوها بدارهم نحكم بملكهم).

إذا غلبَ الكفارُ على أموالنا وأحرزوها (بدار الحرب)^(٤) ملكوها، وقالَ الشافعي رحمته الله: لا يملكونها؛ لأنَّ هذا الاستيلاءَ محظورٌ مطلقًا ابتداءً وانتهاءً، والمحظورُ لا يتنهضُ سببًا للملكِ على ما قرر في أصولِ الفقه من جهةِ الشافعي أنَّ المحظورَ لا يتنهضُ سببًا للملكِ وهو نعمة.

ولنا: أنَّ الاستيلاءَ وردَ على مالٍ مباحٍ فانهقد سببًا للملكِ كما لو أسْتولينا على مالهم؛ وهذا لأنَّ عصمةَ المالِ ثابتةٌ على منافاةِ الدليلِ ضرورةً تمكنِ المالكِ من الانتفاعِ بالمالِ، فإذا زالت الملكيةُ زاد مباحًا

(١) في (ب): (نأخذ).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «الهداية» ٢/٤٤٢، و«الاختيار» ٤/٣٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/٣٦٠، و«البحر الرائق» ٥/١٠٢، و«اللباب» ٤/١٢٧.

(٤) في (ب): (بدارهم).

كما كان، إلا أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بواسطة الإحراز بالدار؛ لأنه حينئذ يكون مقدوراً على المستولى عليه في الحال والمآل، والمحظور لغيره قد صلح سبباً بما هو أعظم من الملك الديوي وهو الثواب عن الصلاة في الأرض المغصوبة، فأولى أن ينعقد سبباً لما هو دونه وهو الملك، وهذا الدليل مبني على أن الأصل في (الأشياء الإباحة، وهو مذهب المعتزلة^(١))، والصحيح من مذهب أهل السنة^(٢) أن الأصل في الأشياء^(٣) الوقف حتى يرد الشرع، فالوجه على هذا الأصل أن العصمة من جملة الأحكام الشرعية ثابتة بكتاب الشرع لمن كان مخاطباً بحقوق الشرع، ظهرت حكمة^(٤) العصمة في حقه، والكافر غير مخاطب بحقوق الشرع عندنا^(٥) فلم تظهر العصمة في حقه، فبقي ما لا غير معصوم، والاستيلاء

- (١) المعتزلة : هم عمر بن عبيد، وواصل بن عطاء الغزال وأصحابهما.
سموا بذلك الأسم لما أعتزلوا الجماعة بعد موت الحسن البصري رحمته الله في أوائل المائة الثانية وكانوا يجلسون معتزلين، فيقول قتادة وغيره أولئك المعتزلة من مبادئ هذه الفرقة: القول بأن الإنسان مختار بشكل مطلق في كل ما يفعل، فهو يخلق أفعاله بنفسه.
القول بأن مرتكب الكبيرة ليس مؤمناً ولا كافراً، ولكنه فاسق فهو بمنزلة بين المنزلتين، هذه حالة في الدنيا. أما في الآخرة فهو يدخل الجنة بل هو خالد مخلد في النار.
«شرح العقيدة الصحاوية» ٧٩١-٧٩٢/٢، و«الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة» ٦٤/١-٦٧.
(٢) «المبسوط» ٥٢/١٠، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٦٦-٢٦٧، و«فتح القدير» ٣/٥-٥، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٣٩-٤٤٢.
(٣) ساقط من (ب).
(٤) من (ب).
(٥) «الهداية» ٤٤٢-٤٤٣، و«تبيين الحقائق» ٢٦٠-٢٦١/٣، و«البحر الرائق» ١٠٢-١٠٣، و«اللباب» ١٢٧/٤.

على مالٍ غير معصومٍ موجبٍ للملك، وعلى هذا^(١) مذهب الشافعي رحمته الله،
فالكفارُ مخاطبونٌ بالشرائعِ، فظهرت العصمةُ في حقهم فلم يملكوا
بالاستيلاء.

قال: (وإذا ظهرنا عليهم قبل القسمة حلت لأربابها أو بعده^(٢)
أخذوها بالقيمة إن شاؤوا).

إذا ظهرَ المسلمونَ على الكفارِ فوجدوا أموالهم بأيديهم قبل أن
يقتسموها فهي لأربابها بغير شيء، وإن وجدوها بعد أن أقتسموها
أخذوها بالقيمة إن اختاروا؛ لقوله رحمته الله فيه: « إن وجدته قبل القسمة
فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة »^(٣)، ولأنَّ
المالكَ الأولَ زال ملكه بغير رضاه فكان له حقُّ الأخذِ نظرًا له، أما بعد
القسمة ففي الأخذِ بغير شيءٍ ضررٌ بالمأخوذِ منه بإزالة ملكه الخاص
فيأخذه بالقيمة نظرًا لهما جميعًا^(٤).

قال: (وإن اشتراها تاجرٌ وخرجَ بها أخذها مالکها الأول
بالثمن وإلا ترك، وإن وهبَ له بالقيمة).

إذا دخلَ تاجرٌ إلى دار الحربِ فاشتري شيئًا من تلك الأموالِ وأخرجه

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (بعدها).

(٣) رواه بنحوه الدارقطني ٤/١١٤-١١٥، والبيهقي ٩/١١١ من حديث ابن عباس،
وفيه الحسن بن عمارة، قال الدارقطني: متروك، وقال البيهقي: هذا الحديث يعرف
بالحسن بن عمارة، عن عبد الملك بن ميسرة، والحسن متروك لا يحتج به.

(٤) «السير الكبير» ٤/١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/٥٤،
و«فتح القدير» ٦/٧، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٤٣-٤٤٤.

إلى دار الإسلام فمالكه الأول مخيرٌ، إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به، وإن شاء تركه؛ لأنَّ أخذه منه مجاناً مستلزمٌ للضرر في حق التاجر؛ لأنه قد دفع^(١) العوض في مقابلته، فكان الأخذ بالثمن أعدل نظراً لهما جميعاً. هذا إذا اشتراه بنقده، فإن كان اشتراه بعرض^(٢) أخذه بقيمة ذلك العرض^(٣)، وإن كان قد وهب له أخذه منه بالقيمة، لأنَّه بالهبة ثبت له فيه ملكٌ خاص فصار كما إذا قسم فلا يزال ملكه الخاصُّ إلَّا بقيمته. ومسألة الهبة زائدة^(٤).

قال: (وإن ظهرنا فحصل عبد لنا لبعض الغانمين بالقسمة ففقت عيناه وغرم قيمته وتسلمه، فمالكه الأول أخذه بالقيمة أعمى وقالوا: سليماً).

قال أبو حنيفة^(٥) رحمه الله: إذا أسرَ (عبد لمسلم)^(٦) وأدخل دار الحرب، ثم ظهر المسلمون على الدار فأخذوه ونقلوه مع سائر الغنائم إلى دار الإسلام وقسموا الغنائم، فصار ذلك العبدُ لبعض الغزاة على الخصوص، ثم فقأ رجلٌ عينيه وسلَّمه المولى إلى الفاقئ، وأخذ منه القيمة كلها ثم جاء المالك القديم، فله أن يأخذه من الفاقئ بقيمته أعمى (عند أبي حنيفة^(٥))

(١) في (ب) و(ج): (وقع).

(٢) في (ب) و(ج): (بعوض).

(٣) في (ب) و(ج): (العوض).

(٤) «السير الكبير» ١١٣/٤-١١٤، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٦٧/٣-٤٦٨، و«الاختيار» ٤٨١/٤، و«اللباب» ١٢٨/٤.

(٥) «السير الكبير» ١١٨/٤، و«الهداية» ٤٤٣/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٦٢/٣، و«البحر الرائق» ١٠٤/٥-١٠٥.

(٦) في (ب): (عبد المسلم).

ﷺ^(١) (إن شاء وإلا ترك)^(٢)، وقال^(٣): يأخذه بقيمته التي أداها الفاقئ إلى المولى، وهذا الاختلاف بناء على أن القيمة التي أداها الفاقئ بدل عن العينين عند أبي حنيفة^(٣) ﷺ وتسليم الجثة إليه / ١٧٢ / شرط إمكان أخذ جميع القيمة، فكانها حصلت له بغير شيء كما لو وهب له. وعندهما^(٣) ما أداه الفاقئ (بدل عن العينين وعن الجثة جميعاً، فكان أخذه إياه ببدل له بمنزلة الشراء، والعين تبقى فيأخذ المالك القديم الجثة من الفاقئ)^(٢) بالفداء الذي دفعه الفاقئ إن أختار.

قال: (أو أمة فباعها الغانم بألف فولدت وماتت فأراد الأول أخذه يفتى به بألف لا بالحصّة).

قال أبو يوسف^(٤) ﷺ: إذا أسر الكفار جارية مسلم وأحرزوها، ثم ظهر المسلمون وأحرزوها فوقعت في سهم غانم فباعها بألف، ثم ولدت ولداً في يد المشتري، ثم ماتت (فجاء المالك القديم يطلب الولد فله أخذه بألف إن شاء.

وقال محمد^(٤): له أخذه بحصته من الألف إذا قسمت على قيمة الأم يوم^(٢) القبض بحكم البيع^(٥)، وقيمة الولد يوم الأخذ فما أصاب الولد فهو حصته ويأخذ به إن شاء؛ لأن الولد صار أصلاً بسبب البقاء إلى وقت الأخذ، فانقسمت الألف عليه وعلى أمه وصار كأنهما كانا

(١) من (ب، ج).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «السير الكبير» ١١٨/٤، و«الهداية» ٤٤٣/٢، و«تبين الحقائق» ٢٦٢/٣، و«البحر الرائق» ١٠٥-١٠٤/٥.

(٤) «السير الكبير» ١٢٠-١٢١، و«فتح القدير» ١٠/٦، و«البحر الرائق» ١٠٥-١٠٤/٥.

(٥) في (ب): (الشراء).

موجودين زمانَ الشراءِ وقد هلكَت الأمُّ وأرادَ المالكُ أخذَ الولدِ فإنه يأخذه بحصته من الثمن كذا هنا.

ولأبي يوسف ^(١) رحمته أنَّ الولدَ قائمٌ مقامَ الأمِّ وجزؤها، فكان بقاؤه كبقاءِ جملةِ أجزائها، ألا ترى أنَّ ولدَ المكاتبِ لما كان قائمًا مقامها وجزءها كان بقاؤه كبقاءِ جملةِ أجزائها حتى لم يقع التفاوتُ في حق بقاء كل البدلِ من بقائها وبقائه، وإذا قامَ مقامها لم يكن له أخذه إلا بالالفِ كلها.

قال: (ولا يملك حرُّ منا ولا مدبَّر ولا مكاتب ولا أمُّ وليدٍ بالاستيلاء ويملكهم المسلمون).

لأنَّ السببَ إنما يترتبُ عليه حكمه إذا صادفَ محله، والمحلُّ هو المائِ المباح، والحرُّ معصومٌ بنفسه باعتبار أن الآدميَّ خلق متحملًا (أعباء) ^(٢) التكليفِ ولا قدرةً على (القيام بها) ^(٣) إلا بواسطة العصمة، فكان التعرضُ له حرامًا إلا أن المقتضيَّ تقاعد عن العملِ في حق الكافر؛ لوجودِ المعارضِ وهو الحاجةُ إلى دفعِ شره، وفي حق المسلمِ سلَمَ المقتضي عن معارضةِ المانعِ فعملَ عمله، والمدبَّر والمكاتبُ وأمُّ الولدِ تثبت لهم الحرية من وجهٍ فالحقوا بالحر مطلقًا، وأما الكفارُ فقد أسقط الشرعُ عصمتهم جزاءً لجنايتهم وجعلهم أرقاءً ^(٤).

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (أ): (أعناء)، وفي (ج): (اعتبار).

(٣) في (أ): (القيام بها)، وفي (ج): (التكليف).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٨، و«المبسوط» ١٠/٦١، و«الهداية» ٢/٤٤٣-٤٤٤،

و«الاختيار» ٤/٣٨٢، و«اللباب» ٤/١٢٨.

قال: (والعبد إذا أبقَ إليهم فأخذه لم يملكوه وإن نَدَّ إليهم
بغير ملكوه).

قال أبو حنيفة^(١) رحمته الله: إذا أبقَ (عبد لمسلم)^(٢) فدخل إلى دار الحرب
فأخذه لم يملكوه.

وقال^(١): يملكونه؛ لأنَّ العصمة فيه لحق المالك لقيام يده عليه وقد
زالت يده؛ ولهذا لو أخذه من دار الإسلام ملكوه. وله أنَّه بالإباق إليهم
ظهرت يده على نفسه، وهذا لأن سقوط اعتبار يد نفسه إنما كان لحق
المولى لتتحقق يده، تمكينًا له من الانتفاع به، ولما زالت يد المولى
ظهرت يده على نفسه فصار معصومًا بنفسه فلم يبق محلاً للملك بخلاف
المتمرد؛ لأنَّ يد المولى باقية؛ لقيام يد أهل الدار المانعة من ظهور
يده، وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله يأخذه مالكه القديم
بغير شيء موهوبًا كان أو مشتراً أو مغنومًا قبل القسمة، وأما بعد القسمة
فيؤدي عوضه من بيت المال؛ لأنَّه لا يمكن إعادة القسمة لتفريق الغانمين
وتعذر اجتماعهم، وليس له على المالك جعل الإباق؛ لأنَّه عاملٌ لنفسه
حيث يزعم أنَّه ملكه، وإذا نَدَّ البعير إليهم فأخذه ملكوه اتفاقاً؛ لتحقيق
الاستيلاء إذ لا يد للبعير تظهر عند الخروج من الدار بخلاف العبد على
ما قرناه^(٣).

(١) «السير الكبير» ٤/١١٥-١١٦، و«المبسوط» ١٠/٥٦، و«فتح القدير» ٦/١١،
و«اللباب» ٤/١٢٨-١٢٩.

(٢) في (ب): (عبد المسلم).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، و«الهداية» ٢/٤٤٤، و«تبين الحقائق» ٣/٣٦٤،
و«البحر الرائق» ٥/١٠٦.

فصل في المستأمن

قال: (وإذا دخل مسلم دارهم^(١) تاجرًا لا يتعرض بدم ولا بمال وإن تعرض بغدر وخرج به ملكه حرامًا فيتصدق به).

المسلم إذا دخل دار الحرب تاجرًا بأمان لم يحل (له)^(٢) أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا دمايهم؛ لأنه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم، فيكون التعرض بعد الاستئمان غدراً والغدر حرامٌ إلا إذا تقدّم الغدر من ملكهم فأخذ مالاً أو أمر بحبس أو فعل ذلك غيره على علم من الملك ولم يمنعه منه^(٣)؛ لأنهم سبقوا بنقض العهد، وهذا بخلاف الأسير^(٤)؛ لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض، وإن غدر التاجر بهم فأخذ مالاً وخرج به ملكه ملكاً حراماً يؤمر بالتصدق، أما الملك فلورود الاستيلاء على المال المباح، وأما الحرمة فلأنه حاصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً في الملك فيؤمر بالتصدق به؛ وهذا لأن الخطر لغيره فلا يكون مانعاً من انعقاد السبب على ما مرّ.

قال: (والمستأمن منّا إذا أربى مع مسلم هناك فهو جائز).

(١) في (ب): (دار الحرب).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «السير الكبير» ١٠٠/٤-١٠١، و«المبسوط» ٩٦/١٠-٩٧، و«فتح القدير» ١٧/٦، و«اللباب» ١٣٤/٤.

(٤) «السير الكبير» ٩٦/٤، و«المبسوط» ٧٤/١٠، و«الاختيار» ٣٨٣/٤، و«الهداية» ٤٤٥/٢، و«اللباب» ١٣٥/٤.

إذا دخل مسلم دار الحرب بأمانٍ فعقد عقد الربا مع يدٍ من أسلم هناك ولم يخرج إلى دار الإسلام / ١٧٢ب/ قال أبو حنيفة^(١) رحمته الله: حلُّ له ما أخذه بذلك السبب.

وقال^(١): لا يحلُّ له؛ لأنه عقد ربا بين مسلمين فكان حرامًا كما لو كانا أسيرين في دار الحرب.

وله أن المسلم ثمة وإن صار ما في يده من أمواله المنقولة معصومًا بإسلامه؛ لإحرازه بإسلامه نفسه وماله الذي في يده من كل وجه، لكن لم تتم عصمته ولا عصمة أمواله؛ لكونه تبعًا لأهل دار الحرب مقهورًا في يد عظيمهم؛ ولهذا فإن عقاره لا يصير معصومًا لكونه جزءًا من أجزاء دار الحرب فيستتبع الكلُّ الجزء بالضرورة فترجحت يد عظيمهم مع عمومها على يده مع خصوصها بخلاف ماله المنقول؛ لأن يد الحافظة رجحت يد الخصوص لكنها لم تظهر ولم تكمل للبقاء تحت قهر عظيمهم، فكانت عصمة أمواله^(٢) المنقولة ناقصة تبعًا لنقصان عصمته لبقائه تحت قهرهم، فكانت أمواله المنقولة معصومة من وجه غير معصومة من وجه، فمن حيث العصمة لم يحلُّ له الأخذ إلا برضاه، ومن الحيثية الأخرى يحلُّ الأخذ برضاه: وقد رضي ههنا بالأخذ بعلّة الربا فيكون حلالًا، كمال الحربي يحل للمسلم المستأمن إذا أخذه برضاه بخلاف الأسيرين؛ لثبوت عصمة أموالهما من كل وجه تبعًا للعصمة الأصلية، والأصل بقاؤها إلى أن يوجد المزيل ولم يوجد^(٣).

(١) «السير الكبير» ٢٣٦/٤ - ٢٣٧، و«المبسوط» ٩٥/١٠.

(٢) في (ب): (أموالهم).

(٣) «السير الكبير» ٢٣٦/٤ - ٢٣٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٩١/٣ - ٤٩٢،

و«المبسوط» ٩٥/١٠.

قال: (ونُحرّمه مع الحربي).

قال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: إذا دخل التاجر دار الحرب بأمان فباع حربياً درهماً بدرهمين أو باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة بمال، أو قامرهم فقمّرهم وأخذ ذلك المال حلّ له.

وقال أبو يوسف^(١) رحمه الله: لا يحل؛ لأنّ هذه التصرفات حرام على المسلم أينما كان، ولهذا لم تجز بين المسلمين الداخلين ثمة بأمان. ولهما^(١): أن أموالهم مباحة لنا حتى حلّ لنا أخذ ما نظفّر به منها، وإنما لم يجز للمستأمن منّا أخذ ذلك، لأنّه يكون غدرًا وفي هذه الصورة لا يكون الأخذ غدرًا؛ لأنه أخذ عن رضا منهم فلا يحرم كأخذ الصيد والحشيش.

قال: (وقتلُ أخذ الأسيرين صاحبه لا يوجبُ ديةً ولا قصاصًا وتجبُ الكفارةُ في الخطأ، وقالوا: عليه الدية في ماله كالمستأمنين).

قال أبو حنيفة^(٢) رحمه الله في المسلمين إذا أسرا وأدخلا دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأ: لا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ. وقالوا^(٢): عليه الدية في ماله^(٣) لهما أنه قتل مسلمًا بغير حقٍ إلا أنه في العمد سقط القصاصُ للشبهة فبقيت^(٤) الدية، وصار كما لو دخلا دار

(١) «السير الكبير» ٢٣٣/٤-٢٣٤، و«المبسوط» ٥٦/١٠-٥٩، و«الهداية» ٧٣/٣، و«اللباب» ٤١/٢.

(٢) «السير الكبير» ١٢٩/٥-١٣٠، و«الهداية» ٤٤٦/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٦٧/٣-٢٦٨، و«البحر الرائق» ١٠٨/٥-١٠٩.

(٣) ساقط من (ب). (٤) في (ج): (فتبت).

الحرب مستأمنين فقتل أحدهما الآخر، فإنه يلزمه الكفارة في الخطأ والدية في ماله في العمد والخطأ، كذا ذكره صاحب «الهداية»^(١) من غير خلاف، فكذا ههنا.

وله: أن الأسير بحكم القهر صار تبعاً لهم والأصل غير معصوم، فكذا التبعية، وبدون العصمة الكاملة لا تجب الدية كما لو قتل في دار الحرب المسلم الذي دخل إليهم بأمان من أسلم منهم ولم يهاجر.

قال: (وتثبت العصمة بالدار لا بالإسلام).

إذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون في دار الحرب فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ. وقال الشافعي^(٢) رحمه الله: تجب الدية في الخطأ ويجب القصاص في العمد. وهذا الخلاف بناء على ما ذكره في الكتاب من الأصل، وهو أن العصمة عنده تثبت بالإسلام نفسه وعندنا العصمة المقومة ثابتة بالإحراز بدار الإسلام والموئمة ثابتة بالإسلام، وقد أكتفي بذكر الأصل في الكتاب عن ذكر الفرع.

له: أنه أراق دمًا معصوماً لوجود سبب العصمة وهو الإسلام (لأن الإسلام)^(٣) سبب للكرامة وهذا لأن أصل العصمة وهي الموئمة ثابت إجماعاً لحصول الزجر بها، والمقومة كمالاً في الزجر لحصول كمال الأمتناع عن التعرض للمعصوم فتكون العصمة المقومة تابعة للموئمة فتتزل منها منزلة الوصف من الأصل فتعلق بما علق به الأصل.

(١) «الهداية» ٤٤٦/٢.

(٢) «المهذب» ٤٢٤/٢، و«الوجيز» ص ٢٠٥، و«تكملة تكملة المجموع» ١٢٠/٢١،

(٣) من (ج).

ولنا^(١): قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً﴾ [النساء: ٩٢].

جعلُ التحريرِ جميعَ الموجبِ إما نظرًا إلى حرفِ الفاءِ المستعملِ في الجزاءِ الذي هو عبارةٌ عن الكافي، وإما لأنه كلُّ المذكورِ فيجبُ انتفاءُ غيره بإشارةِ النصِّ، ولأنَّ العصمةَ المؤتممةَ بالآدمية؛ لأنه خلق متحملاً أعباءَ التكليفِ ولا قدرةَ على القيامِ بها إلاَّ بعدمِ التعرضِ، والأموالُ تابعةٌ للآدميةِ، وأما العصمةُ المقومةُ فالأصلُ فيها الأموالُ؛ لأنَّ التقومَ يؤذُنُ بجبرِ الفائي؛ لأنَّ مفوتها ومستهلكها يجبُ عليه عوضُها. ومعنى التقومِ: إقامةٌ غيرها مقامها عند الإتلافِ، وهذا في الأموالِ دون النفوسِ؛ لأنَّ القتلَ إن كان عمداً فالموجبُ القصاصُ ولا جبرَ فيه للفائي، وإن كان خطأً فالديةُ غيرُ مماثلةٍ للنفسِ، والجبرُ بإقامةِ المثلِ مقامَ الفائي صورةٌ أو معنى، والمماثلةُ من شرطِ جبرِ الفائي، وهي في المالِ دون النفوسِ، فكانت النفوسُ تابعةً للأموالِ في العصمةِ المقومةِ، ثم إنَّ المقومةَ في الأموالِ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ؛ لأنَّ العزةَ بالمنعة^(٢)؛ لأنَّ التقومَ يشعرُ بالعزةِ فثبتَ بسببِ له أثرٌ في العزةِ وهو منعةُ المسلمين في دارِ الإسلامِ، فكذلك في النفوسِ؛ لأنها تابعةٌ للأموالِ /١٧٣/ في المقومةِ، والشرعُ أسقطَ منعةَ الكفارِ لأنه أوجبَ إبطالها، ولا يقالُ فما بالُ المرتدِّ والمستأمنِ في دارنا لا تتقومُ نفوسهما؛ لأنَّا نقولُ هما^(٣) في الصورةِ في الدارِ ومن حيث المعنى في دارِ الحربِ لقصديهما

(١) «الهداية» ٢/ ٤٤٨، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٦٥-٤٦٦.

(٢) في (ج): (بالمنفعة).

(٣) في (ب) و(ج): (هم).

الانتقال إليها فكانوا في دارهم حكماً؛ لأن العبرة للمعاني^(١).

قال: (ولو أشتري أمة في دارهم واستبرأها بحيضة فقربانها لا يجوز إلا بعد إخراجها، وأجازه قبله).

قال أبو حنيفة^(٢) رحمه الله: إذا أشتري المسلم جارية من أصل الحرب في دارهم واستبرأها بحيضة لم يقربها حتى يخرجها إلى دار الإسلام، وقال محمد^(٣) رحمه الله له أن يطأها بعد الاستبراء قبل الإخراج؛ لأنه ملكها بالشرط، وهو مطلق للتصرف. وله أن الملك فيها إنما يتأكد بالإحراز بدار الإسلام، فكان تمام الملك به؛ لأنه يشركهم المدد في الغنائم إذا لحقهم قبل الإحراز بالدار.

قال: (ولو زنى ثمة لا نحده).

هذا فرع اختلافهم في أن دار الإسلام عندنا غير دار الحرب والأحكام متغايرة، وعند الشافعي^(٤) رحمه الله متحدة، فإذا زنى في دار الحرب كان كالزنا في دار الإسلام في وجوب الحد؛ لأن المحرم قائم ولا أثر للدار في نفي الوجوب، وعندنا^(٥) أنه لما أنقطعت ولاية الإمام عن دار الحرب ومن فيها وليس لغير الإمام إقامة الحدود خلا الوجوب عن الفائدة حيث لم يترتب مقصوده عليه، والشيء ينتفي بانتفاء مقصوده.

(١) «السير الكبير» ١/ ٩٠-٩١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٨، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٦٥-٤٦٦.

(٢) «السير الكبير» ٨/ ٣٧٩، و«المبسوط» ١٠/ ٧٢، و«الهداية» ٢/ ٤٤٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٩-٢٦٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٢.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٤٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ١٢٠، و«التنبيه» ص ٢٣٨.

(٤) «السير الكبير» ٥/ ١٠٨-١٠٩، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٧٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، و«الهداية» ٢/ ٣٩٠، و«اللباب» ٣/ ١٩٢.

قال : (وإذا دخل حربِيَّ إلينا غيرَ مستأمنٍ فأخذه مسلّم فهو فيءٌ للمسلمين وخصاه به ، ولو أسلم فأخذه فهو فيءٌ لهم ، وقالوا : هو حرٌّ).

قال أبو حنيفة^(١) رحمته الله : إذا دخل حربِيَّ في دارنا بغيرِ أمان فأخذه مسلّم فهو فيءٌ لجماعة المسلمين .
وقالوا^(١) : هو لمن أخذه .

وفي وجوبِ الخمسِ عنهما روايتان ، ولو كان هذا الحربِيَّ قد أسلم بعد الدخولِ إلينا قبل أن يستولي عليه أحدٌ ثم أخذه مسلّم فهو فيءٌ لعامة المسلمين عنده^(١) .
وقالوا^(١) : هو حرٌّ .

لهما : أن يدَّ الأخذَ سبقت إليه وهو مباحٌ فكان ملكه كما لو باض الطيرُ أو تكيس الطيرُ المباحُ في أرضٍ رجلٍ فأخذه غيره كان ملكًا للأخذِ ، فكذا ههنا يكون للأخذِ بها لا لأصحابِ الأرضِ وهم المسلمون ، وكما لو مرَّ سيلٌ بأرضٍ فيها حظيرةٌ ثم أنقطع والماءُ في الحظيرةِ وفيها سمكٌ قد أتى به السيلُ فأخذها إنسانٌ كانت له لا لربِ الحظيرةِ ، وأمّا إذا أسلم قبل الأخذِ فقد عُتِقَ بإسلامه كما لو تقدّم إسلامه^(٢) دخولَ الدارِ والمسلّم لا يملك ابتداءً .

وله : أن دارَ الإسلامِ في يدِ المسلمين من كلِّ وجهٍ فإذا دخلها الحربِيَّ وقع في أيديهم حال دخوله ، فصار ملكًا لهم ؛ لأن الحاصل فيما هو في

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٢ ، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٤٧/٣ ، و«فتح القدير» ٢٣/٢٤-١٠٩/٥ ، و«البحر الرائق» ١٠٩/٥ .

(٢) في (ب) : (إسلامهم) .

أيديهم من كلٍّ وجهٍ حاصلٌ في أيديهم حكمًا من كل وجهٍ، فمن أخذه بعد ذلك فقد أخذ ما هو مملوكٌ لهم فلا يكون له بخلافٍ ما أسْتَشْهَدَا به؛ لأن البقعةَ ثمةَ ليست في يد صاحبها من كلٍّ وجهٍ؛ لأنه جزءٌ من أجزاء دار الإسلام، ودارُ الإسلامِ بمجموعِها في يد جماعة المسلمين، فكان هذا الجزءُ في يدهم^(١) باعتبارِ يدِ العمومِ وفي يدِ صاحبه باعتبارِ يدِ الخصوصِ فلم يكن ما وقع فيها واقعًا في يدِ صاحبها حكمًا مطلقًا بل هو واقعٌ باعتبارِ يدِ الخصوصِ، واقعٌ في أيدي الكلِّ باعتبارِ يدِ العمومِ، فإذا أخذه غيرُ صاحبِ البقعةِ فقد أثبت يدهُ عليه حقيقةً فكان في يده حقيقةً من كل وجهٍ ورجحت يدهُ على يدِ رب البقعةِ الثابتةِ حكمًا من وجهٍ دون وجهٍ، فكان الآخذُ أولى حتى لو وجد من رب البقعةِ ما تريد يدهُ قبل أحدٍ غيره من سدِّ فوهةِ النهرِ أو إغلاقِ بابِ الدارِ أو إعدادِ البقعةِ لذلك^(٢) ترجحت يدهُ، وأما إذا أسلم بعدَ الدخولِ فقد أسلم بعد ما صار ملكًا لهم فلا يعتقُ، بمنزلةِ العبدِ الكافرِ المملوكِ للمسلم إذا أسلم^(٣).

قال: (وإذا استأمن الحربيُّ لم يمكَّن من الإقامةِ سنةً، فإن أقامها وضعت عليه الجزيةُ، ولا يمكَّن من العودِ).

إذا دخل الحربيُّ دارنا مستأمنًا لم يمكن أن يقيمَ عندنا سنةً، ويقولُ له الإمامُ: إن أقمت سنةً تامةً وضعت عليك^(٤) الجزيةُ. والأصلُ في هذا أن

(١) في (ب): (أيديهم). (٢) في (ب) و(ج): (كذلك).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤٤٧/٣، و«فتح القدير» ٢٣/٦-٢٤، و«البحر الرائق» ١٠٩/٥.

(٤) في (ب): (عنك).

الحربي لا يمكن من إدامة الإقامة في دارنا إلا باسترقاق أو جزية؛ لأنه إذا دامت إقامته صار عيناً لدار الحرب وعوناً على دار الإسلام وفيه من الضرر ما فيه، وأما الإقامة اليسيرة فيمكن منها؛ لأن في منعها قطع المنفعة عن دار الإسلام من الجلب والميرة والتجارة، ولا يلحق الضرر المعلق بطول الإقامة بيسيرها ولما أحتجنا إلى مدة فاصلة بين الكثيرة والقليلة، والسنة مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية، فإن رجع إلى دارهم قبل تمام السنة فلا سبيل عليه، وإن أقام عليها كان ذمياً؛ لأنه صار ملتزماً للجزية حيث يقدم الإمام إليه وتعريفه ذلك، وللإمام أن يؤقت ما دون السنة لذلك كالشهر والشهرين بحسب ما يرى، وإذا أقام تلك المدة صار ١٧٣ب/ ذمياً لا يمكن من بعد من النقلة إلى دار الحرب؛ لأن عقد الذمة لا ينقض^(١).

قال: (فإن عادَ وله دينٌ ووديعةٌ عندَ مسلمٍ أو ذميٍّ أبيعَ دمه، وإذا ظهرَ عليهم فأسيرَ أو قُتِلَ سقطَ الدينُ وصارتِ الوديعةُ فيئاً).

الحربي إذا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو عند ذمي أو ترك ديناً في ذمة مسلم أو ذمي فقد صار دمه بعوده مباحاً؛ لكونه قد أبطل أمانته بالعود فعاد إلى الإباحة، وما في دار الإسلام من أمواله على خطر فإن أسير أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونته وصارت الوديعة فيئاً.

(١) «السير الكبير» ٥/ ٢٤١-٢٤٢، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٩١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٦، و«اللباب» ٤/ ١٣٥.

أما الوديعة فلأن يد المودع كيدِه فتصيرُ فيئًا تبعًا لنفسه، وأما الدينُ فلأن إثباتَ اليدِ عليه بواسطة المطالبة، ولا مطالبةً ويدُ من الدينِ في ذمته أسبقُ إليه من غيره فاختصَّ به فسقط عنه، وإن قُتلَ في دارِ الحربِ ولم يظهرْ عليها، أو مات فالقرض والوديعة لورثته؛ لأن نفسه لما لم يظهر على الدارِ لم تصرْ مغنومةً فكذلك ماله، وحكمُ الأمانِ باقٍ على ماله فيردُّ عليه أو على ورثته بعده^(١).

قال: (ولا نخمسُ ما أوجفَ عليه المسلمون بغيرِ قتالٍ ويصرفُ مصرفَ الخراج).

ما أوجفَ عليه المسلمون من أموالِ أهلِ الحربِ بغيرِ قتالٍ يصرفُ في مصالحِ المسلمين كما يُصرفُ الخراجُ، وهذا كالأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية، ولا خمسَ في ذلك؛ لأنه ﷺ أخذَ الجزيةَ وكذا عمرُ ومعاذُ^(٢)، ووضعها في بيتِ المالِ ولم يخمسَ ولأنه مالٌ (مملوك)^(٣) بقوة المسلمين من غيرِ قتالٍ فلم يكنْ غنيمةً فلا يخمسُ بخلافِ الغنيمة؛ لأنه مملوكٌ بمباشرةِ الغانمين وبقوةِ المسلمين فاستحقَّ الخمسَ بمعنى قوةِ المسلمين، واستحقَّه الغانمون بمعنى مباشرةِ القتالِ، وهاهنا السببُ واحدٌ وهو قوةُ المسلمين فلا معنى لإيجابِ الخمسِ^(٤).

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٤٥١/٣، و«الهداية» ٤٤٧/٢، و«البحر الرائق» ١١١/٥، و«اللباب» ١٣٦/٤.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) في (ب): (أخذ)، وفي (ج): (أخذه).

(٤) «مختصر أختلاف العلماء» ٥١١-٥١٥/٣، و«الهداية» ٤٤٧/٢، و«اللباب» ١٣٦/٤.

قال: (ولو التجأ حربى غير مستأمن أو من عليه قصاص إلى

الحرم لا نقتله فيه، بل يحبس عنه الغداء ليخرج فيقتل).

إذا التجأ إلى الحرم من عليه القصاص أو التجأ إليه حربى دخل دارنا بغير أمان لا يقتل فيه، بل يمنع عنه الطعام والشراب حتى يخرج فيقتل.

وقال الشافعي^(١) رحمه الله: يقتل فيه؛ لقوله ﷺ: «الحرم لا يعيد عاصياً ولا فاراً بدم»^(٢)؛ ولأن حق قتله ثابت في الحال قبل دخول الحرم فتأخيرته كإبطاله، ألا ترى أن شهود التأخير إذا رجعوا يضمنون والحرم لا يبطل هذا الحق فلا يؤخر.

ولنا^(٣): قوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، أي: ومن دخل الحرم خائفاً كان آمناً مما كان يخافه عند دخوله بالنقل^(٤) المستفيض وهذا كان يخاف عند دخوله القتل فوجب أن يكون آمناً منه فيه، وما رواه قاله يوم فتح مكة ساعة أبيح له قال: «عادت حراماً إلى يوم القيامة»^(٥).

انتهى حكم الحل المقيّد.



(١) «تكملة المجموع» ٢٤٣/٢١.

(٢) رواه البخاري (١٨٣٣)، ومسلم (١٣٥٤).

(٣) «السير الكبير» ٢٥٥-٢٥٦، و«المبسوط» ٩٤-٩٥.

(٤) في (ج): (بالقتل).

(٥) روى بنحوه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١/٢٦١.

فصل في العشر والخراج

قال: (يُؤْخَذُ الْعَشْرُ مِنْ أَرْضِ الْعَرَبِ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ؛ وَالْخَرَجُ مِنَ السَّوَادِ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقْبَةِ حُلَوَانَ (وَمِنْ الْعَلَثِ أَوْ الثَّلَعِيَّةِ إِلَى عِبَادَانَ).

أَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُسْرِ وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ^(١) إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ^(٢) بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ^(٣)، وَهَذَا حَدُّ الطُّولِ، وَأَمَّا الْعَرْضُ فَمَا بَيْنَ يَبْرِينِ^(٤) وَرَمْلٍ^(٥) عَالِجٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ، وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَجٍ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقْبَةِ حُلَوَانَ^(٦) وَمِنْ الْعَلَثِ^(٧) إِلَى عِبَادَانَ^(٨).

-
- (١) العذيب: واد بظاهر الكوفة. وماء لبني تميم. وديار تميم إنما هي باليمامة. «معجم ما أستعجم» ٩٢٧/٣، و«الروض المعطار» ٤٠٩.
- (٢) حجر: باليمامة وهي منازل بني حنيفة وبعض مضر. «الروض المعطار» ١٨٩.
- (٣) مهرة: من بلاد اليمن، وقيل قبيلة في اليمن. «معجم البلدان» ٢٣٤/٥، و«الروض المعطار» ٥٦١.
- (٤) يبرين: هو رمل معروف في بني سعد من تميم. «معجم ما أستعجم» ١٣٨٧/٤.
- (٥) رمل عالج: رمال بين فيد والقريات ينزلها بنو بختر من طمى وهي متصلة بالثعلبية على طريق مكة. «معجم البلدان» ٧٠/٤.
- (٦) عقبة حلوان: مدينة سهلية جبلية على سفح الجبل المطل على العراق وهي المرادة هنا، وحلوان أيضًا من أعمال مصر وبلدية في نيسابور. «الروض المعطار» ١٩٥، و«معجم البلدان» ٢٩٢-٢٩٣/٤.
- (٧) العلث: قرية على دجلة بين عكبرى وسامراء.
- (٨) عبادان: بالعراق بقرب البصرة وهي الآن تابعة لإيران. «الروض المعطار» ٤٠٧.

قال صاحب «الهداية»^(١): ومن الثعلبية^(٢). ويقال من العلت فذكرتهما جميعاً، وذكر الثعلبية زائد. وإنما كانت أرض العرب عُشْرية؛ لأنه ﷺ (والخلفاء الراشدون)^(٣) لم يأخذوا منها خراجاً؛ ولأن الخراج بمنزلة الفية فلا يثبت في أرض العرب كما لا يثبت في رقابهم؛ وهذا لأن من شرط وضع الخراج على الأرض أن يُقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق، والمشركون من العرب لا يُقرّون على الكفر بل لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف؛ ولأن عمر ﷺ وضع الخراج على السواد حين^(٤) أفتتحها عمرو بن العاص، وكذا أجمعت الصحابة ﷺ على وضع الخراج على الشام^(٥).

قال: (ويجوز لأهلها بيع أراضيها).

أرض السواد مملوكة لأهلها يجوز لهم بيعها والتصرف فيها، والضمير في (أراضيها) للسواد؛ لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً وأقر أهلها عليها ووضع الخراج عليهم وعلى أراضيهم، كان إقراره إيّاهم عليها إبقاءً لملكهم على تلك الأراضي، فيجوز لهم التصرف فيها لوجود المطلق وهو الملك^(٦).

(١) «الهداية» ٤٤٩/٢.

(٢) الثعلبية: من منازل مناطق مكة من الكوفة بعد السقوف وقبل الخزيمة.

«معجم البلدان» ٧٨/٤.

(٣) في (ب) و(ج): (وخلفاؤه الراشدون).

(٤) في (ب) و(ج): (فتحها بمحض من الصحابة ﷺ وضع الخراج وكذا على مصر حين).

(٥) «فتح القدير» ٣١-٣٢، و«الاختيار» ٤/٣٩٠-٣٩١، و«البحر الرائق» ٥/١١٢-

١١٣، و«اللباب» ٤/١٣٧-١٣٨.

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٤٩٤-٤٩٦، و«الهداية» ٤٤٩/٢، و«الاختيار»

قال: (وإذا فُتحت أرضٌ عنوةً فُقَسِّمَتْ أو أُسْلِمَ أهلُها كانت عُشْرِيَّةً أو أَقَرَّ أهلُها عليها أو صُولِحُوا فخراجيةً إِلَّا مكةَ فقد فَتَحَهَا ﷺ عَنْوَةً وتركَهَا من غيرِ خراجٍ).

كلُّ أرضٍ فَتَحَهَا الإمامُ عنوةً وَقَسَّمَهَا بين الغانمينَ، أو أُسْلِمَ أهلُها فهي أرضُ عُشْرٍ^(١)؛ لأنَّه لا يجب^(٢) على المسلمِ ابتداءً إِلَّا ما يليقُ بحاله، والعشْرُ هو الأليقُ به لَمَّا فيه من معنى العبادة؛ ولأنَّ العَشْرَ أَخْفُ / ١١٧٤/ لأنَّه معلقٌ بنفسِ الخارجِ^(٣)، وكلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عنوةً فلم تقسمْ بل أَقَرَّ أهلُها عليها أو صُولِحُوا عليها فهي أرضُ خراجٍ، لأنَّ التوظيفَ على الكافرِ ابتداءً بالخراجِ أليقُ به^(٤)، ثم أسْتثنى مكةَ من هذا، فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْتَحَهَا عنوةً وتركَهَا لأهلِها وَلَمْ يوظفِ الخراجَ، والاستثناءُ من الزوائدِ^(٥).

قال: (وَيُعْطَى المَوَاتُ حَكَمَ ما قُرِبَ منه فَمَنْ أَحْيَاهُ وهو من حَيْزِ أرضِ العُشْرِ كَانَ عُشْرِيًّا أو الخراجِ فخارجيًّا إِلَّا البصرةَ لاتفاقِ الصحابةِ، واعتبرَهُ بماءٍ يحيى به، فإنَّ كَانَ ببئرٍ أو عينٍ مستخرجةٍ أو بالأَنْهَارِ العظامِ كَانَ عَشْرِيًّا، أو بنهرٍ مُخْتَفِرٍ كنهْرِ المَلِكِ ويزدجردِ فخراجيًّا).

٣٩١/٤، و«اللباب» ١٣٨/٤.

(١) في (ب): (عشرية).

(٢) في (أ): (يوظف).

(٣) في (ج): (الخراج).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الهداية» ٤٤٩-٤٥٠، و«الاختيار» ٣٩١/٤، و«البحر الرائق» ١١٣/٥،

و«اللباب» ١٣٩/٤.

إذا أحيأ أرضاً مواتاً يعتبر عند أبي يوسف ^(١) كأنه بحيزها فإن كانت من حيز أرض الخراج. أي: بجواربه وقربه كانت خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر كانت عشريّة، وكان القياس على رأيه ^(٢) أن تكون البصرة خراجية، لأنها بقرب أرض الخراج إلا أنها عشريّة عنده بإجماع الصحابة ^(٣) فترك القياس لإجماعهم؛ وهذا لأن حيز الشيء يُعطى له حكمه كما يُعطى لفناء الدار حكم الدار حتى ينتفع بفناء الدار صاحبها، ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر حيث يُحعل له حكم العامر للجوار والقرب.

وعند محمد ^(٣) كأنه: المعتبر ما أحيأها به، فإن أحيأها ببئر أحترفها، أو عين أستخرجها، أو بماء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشريّة، وكذا إذا أحيأها بماء السماء، وإن أحيأها بماء الأنهار التي أحترفها الأعاجم مثل نهر الملك ^(٤) ونهر يزدجرد ^(٥) فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء، فإن سبب النماء والحياة هو الماء، فكان اعتبار سبب الحياة أولى؛ ولأن توظيف الخراج على المسلم ابتداءً

(١) «الهداية» ٢/٤٥٠، و«الاختيار» ٤/٣٩٢، و«تبين الحقائق» ٣/٢٧٢، و«البحر

الرائق» ٥/١١٥، و«اللباب» ٤/١٣٩-١٤٠.

(٢) في (ب): (رواية أبي يوسف كأنه).

(٣) «الهداية» ٢/٤٥٠، و«الاختيار» ٤/٣٩٢، و«البحر الرائق» ٥/١١٥، و«تبين

الحقائق» ٣/٢٧٢، و«اللباب» ٤/١٣٩-١٤٠.

(٤) نهر الملك: كورة واسعة ببغداد بعد نهر عيسى.

«معجم البلدان» ٥/٣٢٤.

(٥) يزدجرد بن بهرام بن سابور أحد ملوك الفرس.

«تاريخ الطبري» ٢/٦٣-٦٤.

لا يجوز كُرْها فيعتبر الماء، فإذا سقى الأرض بماء الخراج دلّ على التزامه للخراج فيوظف عليه لالتزامه ذلك^(١).

قال: (ويؤخذ ما وضعه عمر رضي الله عنه من كل جديب يبلغه الماء صاع ودرهم، ومن الرطبة خمسة، ومن جريب الكرم أو النخل المتصل عشرة، ويوضع على ما سوى ذلك بحسب الطاقة وينقص (عنه)^(٢) لنقصان الربع ويمنع الزيادة للزيادة وأجازها).

الخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء فقيز هاشمي وهو الصاع ودرهم والجريب ستون ذراعاً في ستين ذراعاً في ذلك الوقت، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم، ومن جريب الكرم المتصل عشرة دراهم هو المنقول عن عمر رضي الله عنه، فإنه بعث عثمان ابن حنيف^(٣) ليُمسح سواد العراق وبعث عليه حذيفة مشرقاً، فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما قلنا بمحضير من الصحابة^(٤) من غير نكير، فكان إجماعاً.

(١) «الهداية» ٤٥٠/٢، و«الاختيار» ٣٩٢/٤، و«البحر الرائق» ١١٥/٥، و«تبين الحقائق» ٢٧٢/٣، و«اللباب» ١٣٩/٤-١٤٠.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) هو عثمان بن حنيف الأنصاري الأوسي، شهد أحد، والمشاهد بعدها، أستعمله عمر على مساحة سواد العراق، واستعمله علي على البصرة فبقى عليها حتى وقعة الجمل، ثم سكن الكوفة وبقى إلى زمان معاوية.

انظر: «معرفة الصحابة» ١٩٥٨/٤ (٢٠١٦)، و«الاستيعاب» ١٥١/٣ (١٧٨٨)، و«أسد الغابة» ٥٧٧/٣ (٣٥٧١)، و«الإصابة» ٤٥٩/٢ (٥٤٣٥).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٤، و«المبسوط» ٧٩/١، و«فتح القدير» ٣٥-٣٧،

وروي أن موسى بن طلحة قال: رأيت ذراع عمر رضي الله عنه، وهو ذراع وقبضة وإبهام قائم على القبضة.

وقال الحكم بن عيينة^(١) أن عمر رضي الله عنه عمد إلى أطولها ذراعاً وأوسطها وأقصرها، فجمعها وأخذ الثلث منها، وزاد عليه قبضة وإبهاماً ثم ختم طرفه بالرصاص، وبعث به إلى عثمان وحذيفة فمسحا به السواد؛ ولأن المؤمن متفاوتة، والكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة، ومؤنة الرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها، وفي الزرع أدناها، وفي الرطوبة أوسطها، وما سوى ذلك مثل الزعفران والبستان وغيره يوضع عليه بحسب الطاقة؛ لأن عمر رضي الله عنه لم يوظف في ذلك وظيفة، وقد اعتبر الطاقة حيث فاوت بين ما وضعه بحسب قدرة الموضوع^(٢) عليه وتفاوت أحواله، فيعتبر فيما لا توظيف فيه قالوا: وغاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزداد عليه؛

و«البحر الرائق» ١١٥/٥-١١٦.

(١) الحكم بن عتيبة الكندي: أبو عبد الله، ويقال: أبو عمر الكوفي، ولد سنة (٥٠هـ)، روى عن زيد بن أرقم، وإبراهيم التيمي، والنخعي، وطاوس، وغيرهم، وروى عنه شعبة، والأعمش، وأبو عوانة، وغيرهم، قال عنه يحيى بن أبي كثير: ما بين لابتها - يعني المدينة - أفقه منه.

توفي سنة (١١٣هـ)، وقيل: (١١٤هـ)، وقيل: (١١٥هـ).

«طبقات ابن سعد» ٣٣١/٦، و«طبقات خليفة» ص ١٦٢، و«التاريخ الكبير» ٣٣٣/٢ (٣٣٧)، و«معرفة النقات» ٣١٢-٣١٣ (٣٣٧)، و«الجرح والتعديل» ١٢٣/٣-١٢٥ (٥٦٧)، و«الكامل في التاريخ» ١٨٠/٥، و«تهذيب الكمال» ١١٤/٧-١٢٠ (١٤٣٨)، و«سير أعلام النبلاء» ٢٠٨-٢١٣ (٨٣)، و«تذكرة الحفاظ» ١١٧/١ (١٠٢). و«شذرات الذهب» ١٥١/١.

(٢) في (ب): (الموضع).

لأنَّ التَّنْصِيفَ إِنْصَافٌ حَيْثُ كَانَ لَنَا أَنْ نُقَسِّمَ الْكُلَّ بَيْنَ الْغَانِمِينَ، فَإِنْ لَمْ تَطُورِ الْأَرْضِي مَا وَظَّفَ عَلَيْهَا نَقْصَهُمُ الْإِمَامُ، وَالتَّقْصَانُ عِنْدَ قَلَّةِ الرِّبْعِ جَازٌ أَتَّفَاقًا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : حَمَلْتُمَاهَا مَا لَا تَطِيقُ. فَقَالَا : لَا بَلْ حَمَلْنَاهَا مَا تَطِيقُ وَلَوْ زِدْنَا لِأَطَاقَتْ. وَأَنَّهُ دَلِيلُ جَوَازِ النِّقْصَانِ ^(١).

وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِنْدَ زِيَادَةِ الرِّبْعِ فَجَائِزٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَعْتَابَارًا لِلزِّيَادَةِ بِالنِّقْصَانِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يَزِدْ لَمَّا أُخْبِرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ.

قال : (فَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ أَوْ أَصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةٌ فَلَا خَرَجَ).

إِذَا غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنْهَا أَوْ أَصْطَلَمَ ^(٢) الزَّرْعُ آفَةٌ فَلَا خَرَجَ عَلَيْهَا ^(٣)؛ لِفَوَاتِ التَّمَكُّنِ مِنَ الزَّرَاعَةِ الَّذِي بِهِ نَمَاؤُهُ التَّقْدِيرِي، وَهُوَ الْمَعْتَبَرُ فِي بَابِ الْخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا أَصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةٌ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِي فِي بَعْضِ الْعَامِ. وَشَرْطُ وَجُوبِ الْخَرَاجِ حَصُولُ النَّمَاءِ التَّقْدِيرِي فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ أَعْتَابَارًا بِمَالِ الزَّكَاةِ ^(٤).

(١) «الهداية» ٢/٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/٣٩٣-٣٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٧٣-

٣٧٤، و«اللباب» ٤/١٤٠-١٤١.

(٢) أصطلم: الأصطلام: الاستئصال.

«الصحاح» ٦٠٠ مادة صلم.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «الهداية» ٢/٤٥١، و«الاختيار» ٤/٣٩٢-٣٩٣، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٧٤،

و«البحر الرائق» ٨/١١٧، و«اللباب» ٤/١٤٢.

قال: (ويجبُ مع التعطيلِ والإسلام).

أما إذا عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَإِنَّهُ هُوَ الَّذِي قَوَّتِ الْإِمْكَانَ الثَّابِتَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ
فَلَا يُجْعَلُ ذَلِكَ عَذْرًا، وَأَمَّا مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاجِ، فَإِنَّ الْخَرَاجَ يُؤْخَذُ
مِنْهُ عَلَى حَالِهِ وَلَا يَسْقُطُ بِإِسْلَامِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ ١٧٤ب/ معنى الْمُؤْنَةِ فَتُعْتَبَرُ مُؤْنَتُهُ
فِي حَالِ الْبَقَاءِ فَأَمَكَنَ إِيقَاؤُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَإِنْ لَمْ يُوظَّفْ عَلَيْهِ أَبْتَدَاءً^(١).

قال: (ويجوزُ شراءُ مسلمٍ أرضَ خراجٍ من ذمِّي فيؤخذُ منه).
يجوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ أَرْضَ الْخَرَاجِ مِنَ الذَّمِّيِّ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْخَرَاجُ
لِمَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ رضي الله عنهم اشْتَرَوْا الْأَرْضَ الْخَرَاجِيَّةَ وَأَدَوْا
الْخَرَاجَ، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الشِّرَاءِ وَجَوَازِ الْأَدَاءِ مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ^(٢).



(١) «المبسوط» ٨٢/١٠-٨٣، و«فتح القدير» ٣٩/٦، و«تبين الحقائق» ٢٧٤/٣،
و«اللباب» ١٤٢/٤.

(٢) «المبسوط» ٨٣/١٠، و«الهداية» ٤٥١-٤٥٢/٢، و«البحر الرائق» ١١٧-١١٨/٥،
و«اللباب» ١٤٢/٤.

فصل في الجزية

قال: (وإذا وُضعت الجزية بتراضٍ قُدِّرَتْ بما يُتفق عليه وإلا فنضعُ على الغني ثمانيةً وأربعين درهماً يؤخذُ منه كلُّ شهرٍ أربعةً، وعلى الوسطِ أربعة وعشرين في كل شهرٍ درهماً، وعلى الفقيرِ المعتمِلِ اثني عشرَ درهماً في كل شهرٍ درهمٌ لا ديناراً مطلقاً).

الأول: الجزية على ضريين: جزية موضوعة بالتراضي والصلح فتقدَّر بحسب ما يقع عليه التراضي ويتفقون عليه كما صالح ﷺ بني نجران على ألف ومائتي حلة؛ ولأنَّ موجبَ وضعها هو التراضي والصلح فلا يجوزُ أن يُتعدى ما يقع عليه الاتفاق والرضا.

الثاني: الجزية التي تُوضعُ ابتداءً إذا غلبَ الإمامُ على الكفارِ فأقرَّهم على أملاكهم، فيضعُ على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانيةً وأربعين درهماً يأخذُ منه في كل شهرٍ أربعة دراهم، وعلى المتوسط الحالِ أربعة وعشرين درهماً يأخذُ منه كلُّ شهرٍ درهمين، وعلى الفقيرِ المعتمِلِ في كل سنة اثني عشرَ درهماً يأخذُ منه كلُّ شهرٍ درهماً، وهذا مذهبنا^(١).

وقال الشافعي^(٢) ﷺ: يضعُ على كل حالمٍ ديناراً أو ما يعْدُلُ الدينارَ، والفقيرُ والغني في ذلك سواء لقوله ﷺ لمعاذ: «خذ من كل حالمٍ وحالمة

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٣-٢٩٤، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٤٨٦-٤٨٧، و«المبسوط» ١٠/ ٧٧-٧٨، و«فتح القدير» ٦/ ٤٤-٤٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٢) «مختصر المزني» ص ٢٧٧، و«التنبيه» ص ٢٣٧، و«المهذب» ٢/ ٢٥١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٠.

دينارًا أو عدله مَعَاْفِرٌ»^(١)، يعني من الثياب المعافرية المنسوبة إلى معافر: قبيلة من اليمن. أطلق ﷺ ولم يفصل بين الغني والفقير؛ ولأنَّ الجزية إنما وجبت بدلًا من القتل. ألا ترى أنها لا تُؤخذ ممن لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان، وهذا المعنى العام يتنظم الغني والفقير، وما ذهبنا إليه مرويًا عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم يعارضوا بتكثير من أحد؛ ولأنَّ الجزية إنما وجبت للمقاتلة فيجب أن تجب على التفاوت كما يتفاوت خراج الأرض.

وبيان ذلك أنَّ الجزية وجبت بدلًا عن النصرة بالنفس والمال؛ لأنَّ القيام بنصرة الدار واجب على أهلها، وأهل الذمة من أهل دارنا لقبول الجزية فوجب عليهم نصرتها، إلا أنهم لخبثهم وميلهم إلى أعداء دارنا اعتقادًا منع من صلاحية أبدانهم للنصرة، فأوجب عليهم ما يقوم بدلًا عن مقاتلتهم^(٢) ونصرتهم وهو الجزية، ثم ما هو الأصل يتفاوت بتفاوت الغنى وبقلّة المال وكثرته، فكذاك يجب أن يتفاوت ما جعل بدلًا عنه، وما رواه محمود على المصالحة، ألا ترى أنه أمر بالأخذ من الحالمة وإن كانت المرأة لا يؤخذ منها جزية؛ لأنها ليست من أهل النصرة والمقاتلة^(٣).

(١) رواه أبو داود (١٥٧٦، ٣٠٣٨) والترمذي (٦٢٣)، والنسائي ٢٥/٥ وصححه الألباني في «الإرواء» ٢٦٩/٣.

(٢) في (ج): (مقابلتهم).

(٣) «الهداية» ٢/٤٥٢-٤٥٣، و«البحر الرائق» ١١٩/٥، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٧٦، و«اللباب» ٤/١٤٣-١٤٤.

قال: (ونوجبها بأول العام لا بآخره).

إذا وجبت الجزية على الذمي فلا تجب إلا بعد حولان الحول عند الشافعي ^(١) رحمه الله؛ لأنه حق مالي أُعتبر فيه الحول ولا يتكرر فيه، فاشتُرط حولانهُ اعتبارًا بالزكاة، وعندنا ^(٢) يجب في الحال ويؤخذ في كل شهر بقسطه كما تقدّم، ولا يُشترط حولان الحول لقوله تعالى: ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩]، من غير اشتراط الحول واعتبارًا بصدقة الفطر، فإنها حق مال أُعتبر فيها الحول، ولا يتكرر فيه ومع ذلك فلا يُشترط فيه حولان الحول كذا هذا.

قال: (ولا نخص بها أهل الكتاب فتوضع عليهم وعلى المجوسي والوثني من العجم لا من العرب ولا على المرتدين فليس إلا الإسلام أو السيف).

توضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى ﴿ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾.

ووضع النبي ﷺ الجزية على المجوس وقال: « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا أكلي ذبائهم » ^(٣).

(١) «مختصر المزني» ص ٢٧٧، و«الوجيز» ١٩٧/٢، و«المهذب» ٢٥٢/٢، و«حلية العلماء» ٧٠٢/٧.

(٢) «الهداية» ٤٥٢/٢-٤٥٣، و«البحر الرائق» ١١٩/٥، و«تبيين الحقائق» ٢٧٦/٣، و«الاختيار» ٣٨٤-٣٨٥، و«اللباب» ١٤٤/٤.

(٣) رواه مالك ٢٧٨/١ رواية يحيى، والشافعي في «مسنده» ٢٠٩/١ مختصرًا ورواه ابن أبي شيبة ٤٨٨/٣ عن الحسن بن محمد أن النبي ﷺ وساق من قوله: غير ناكحي نسائهم.

والجزية منهم مقبولة إجماعاً والخلاف مع الشافعي^(١) رحمته الله في الوثني من العجم، والمجوس عنده من أهل الكتاب.

قال صاحب «الوجيز»^(٢): وإنما يجوز التقرير بالجزية لليهود والنصارى والمجوس؛ لأنهم أهل كتاب، والوثني وعبدة الشمس ومن لا ينتمي إلى كتاب لا يُقرَّر وإن كان أعجمياً فقله في الكتاب: (ولا نخص بها أهل كتاب) يدخل فيه المجوس على مذهبه، (ثم شرع في بيان)^(٣) مذهبنا فقال: (فيوضع عليهم وعلى المجوس). عطف المجوس على أهل الكتاب؛ لأن الوضع عليهم عندنا^(٤) ثابت بالخبر، بقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»؛ فلذلك عطف عليهم هو بقول: قتالهم واجب بقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩٣].

لكننا عرفنا جواز ترك القتال في أهل الكتاب بالنص فبقي من وراءهم على الأصل، ونحن نقول بجواز استرقاقهم، فيجوز وضع الجزية عليهم؛ لاشتمال كل من الأمرين على سلب النفس منه، حيث (يكسب)^(٥) ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه، والوثني من العجم وبالجملية غير المجوس وغير مشركي العرب والمرتدين، وإنما لا تُقبل الجزية من مشركي العرب / ١١٧٥؛ لأن القرآن نزل بين أظهرهم والنبى ﷺ بُعث فيهم، فكانت المعجزة لديهم أظهر، فيكون كفرهم باعتبار ظهور المعجزة عندهم أشد

(١) «المهذب» ٢/ ٢٥١، و«الوجيز» ٢/ ١٩٩.

(٢) «الوجيز» ٢/ ١٩٨-١٩٩.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٨٤-٤٨٦، و«فتح القدير» ٦/ ٤٨-٥٠، و«البحر

الرائق» ٥/ ١١٩-١٢٠، و«اللباب» ٤/ ١٤٤.

(٥) في (ج): (يتسبب).

وأفحشَ فلا يُقبلُ منه^(١) إلا الإسلامُ أو السيفُ وكذا المرتدُّ؛ لأنَّه كفرٌ بالله بعد الهدى وعدلٌ عن دينِ الله^(٢) الحق بعد الأطلاقِ على محاسنِه، فكان كفرُه أفضح^(٣) وأشنع فكان كمشركي العربِ، فإن العقوبةَ على قدرِ الجناية، وقوله: (فليس إلا الإسلامُ أو السيفُ) من الزوائد. وإذا ظهرنا على هؤلاء فنساؤهم وصبيانُهم فيء؛ لأنَّ أبا بكرٍ رضي الله عنه أَسْرَقَ نسوانَ بني حنيفةَ وصبيانُهم حيث أَرْتَدُوا وقسمهم بين الغانمين، ومن لم يُسلم من رجالهم قُتِلَ لما مرَّ، وإذا ظهرنا على مشركي العجمِ فهم ونساؤهم وصبيانُهم فيءٌ لجوازِ أَسْرَاقِهِمْ^(٤).

قال: (ولا جزيةٌ على امرأةٍ ولا صبي ولا زمن ولا أعمى ولا شيخ كبير ولا عبد ومكاتب ومدبر وأم ولد ولا يتحملها موالِيهم ولا راهب إلا أن يقدر على العمل في رواية).

أما المرأةُ والصبيُّ؛ فلأنهما ليسا من أهلِ القتلِ ولا من أهلِ المقاتلةِ، والجزيةُ وجبت بدلًا عن القتلِ عند الشافعي^(٥) رحمته الله وعن القتالِ عندنا، وقد أُنْتُفِتْ أهليتهما جميعًا فانتهى البدلُ أيضًا، وكذلك الزمنُ والأعمى والشيخُ الكبيرُ لهذه العلة.

(١) في (ب): (منهم).

(٢) من (ب). (٣) في (أ): (أفصح).

(٤) «الهداية» ٢/٤٥٣، و«الاختيار» ٤/٣٨٥-٣٨٦، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٧٧-٢٧٨، و«اللباب» ٤/١٤٤-١٤٥.

(٥) «مختصر المزني» ص ٢٧٧، و«المهذب» ٢/٢٥٣، و«الوجيز» ٢/١٩٨، و«روضة الطالبين» ٧/٤٩٠-٤٩٢.

وعن أبي يوسف^(١) رحمته الله أنه يجب إذا كان له مال؛ لأنه يجوز قتله في الجملة إذا كان من أهل الرأي، وأما العبد والمكاتب والمدير وأم الولد؛ فلأنها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا. وعلى الاعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يتحملها مواليتهم؛ لأنهم قد تحملوا الزيادة بسببهم. وأما الراهب الذي لا يخالط الناس فلا توضع عليه.

وعن أبي حنيفة^(١) رحمته الله وهو قول أبي يوسف^(١) رحمته الله أن كان قادراً على العمل توضع عليه؛ لأن القدرة على العمل سبب يضاف إليه جواز الوضع عليه وهو الذي ضيعها بتعطيل نفسه عنها فلا يعذر.

ووجه الوضع عنه أنه لا قتل عليه فلا يوضع عليه بدله الذي وضع لإسقاط القتل، وليس من أهل الحرب^(٢) لا نقطاعه وتفريده وضعفه، ومن الشيخ الكبير إلى هاهنا من الزوائد.

قال: (ونسقطها بالإسلام والموت).

وقال الشافعي^(٣) رحمته الله: لا تسقط به ولا بالموت؛ لأنها وجبت بدلاً عن عصمة دمه أو سكناه في دارنا، وقد أستوفى المعوض فلا يسقط العوض لعارض الإسلام والموت كما في الصلح عن دم العمد فإنه بدل عن العصمة، وكما في الأجرة فإنها بدل عن السكني.

(١) «المبسوط» ١٠/٧٩-٨٠، و«الاختيار» ٤/٣٨٦، و«البحر الرائق» ٥/١٢٠-١٢١، و«اللباب» ٤/١٤٥.

(٢) في (أ): (الحراب).

(٣) «مختصر المزني» ص ٢٧٧، و«المهذب» ٢/٢٥٢، و«الوجيز» ٢/٢٠٠، و«حلية العلماء» ٧/٧٠٢-٧٠٣.

وقال أصحابنا^(١) رحمهم الله: تسقط الجزية؛ لقوله ﷺ: «لا جزية على مسلم»^(٢) بالإسلام وبالموت؛ لأنه مُجازى بعد الموت على كفره بعذاب القبر وعذاب الآخرة، فتقطع عنه العقوبة الدنيوية؛ لأنهما لا يجتمعان زماناً، فالجزية عقوبة دنيوية، ولذلك سُميت جزية، ولأن شرعية العقوبة الدنيوية لدفع الشر وقد أندفع شره بموته وبالإسلام؛ ولأنها وجبت بدلاً عن النصر في حقنا وهو قادرٌ عليها بعد إسلامه. وجوابه أن العصمة تثبت بالآدمية، ولكن تقاعد المقتضي عن العمل زمان الكفر. وبعد الإسلام ظهرت، والذمي يسكن في دارنا ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى.

قال: (وكذا بمضي أعوام).

قال أبو حنيفة^(٣) ﷺ: إذا مرت أعوام لم يؤد فيها الجزية لا يطالب بها عن تلك الأعوام.

وقال^(٣): يطالب بها؛ لأن الجزية حق واجب في الذمة فلا تسقط بالتأخير كسائر الحقوق الثابتة في الذمم.

وله: أنها وجبت عقوبة لاقترانها بالذل والصغار؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وإذا أزدحمت العقوبات تداخلت كالحدود؛ وأنها وجبت عوضاً عن النصر الواجبة على أهل

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٤٨٧/٣، و«المبسوط» ٨١/١٠، و«إثبات الإنصاف» ص ٤٦٣-٤٦٥، و«الهداية» ٤٥٤/٢، و«اللباب» ١٤٦/٤.

(٢) رواه أبو داود (١٠٥٣) وأحمد ٢٢٣/١، ٢٨٥ والدارقطني ١٥٦/٤ بلفظ: «ليس على مسلم جزية» عن ابن عباس. وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع» (١٠٣٦٧).

(٣) «المبسوط» ٨٢/١٠، و«فتح القدير» ٥٥/٦، و«الاختيار» ٣٨٧/٤، و«تبين الحقائق» ٢٧٩/٣، و«البحر الرائق» ١٢١/٥.

الدارِ إِلَّا أن أهلَ الذمةِ متهمون لكفرهم، فمنعوا من النصرَةِ بأنفسهم، فضربت عليهم الجزيةُ خلفاً عنها لتقوم النصرَةُ بالمالِ في حقِ العاجزِ عنها بنفسه حكماً مقامَ حقيقةِ النصرَةِ بنفسه، كالإحجاجِ بالمالِ في حقِ العاجزِ عن الحجِ بنفسه، ولما وجبت النصرَةُ للحالِ طولبوا بالحلفِ للحالِ، أما النصرَةُ في الأعوامِ الماضيةِ فيستحيلُ الإلزامُ بها في الحالِ فلا يلزم الحلفُ عنها في الحالِ أيضاً؛ لاختصاصِ لزومِ الحلفِ بزمانِ لزومِ الأصلِ والعجزِ عنه.

قال: (ويؤديها بنفسه قائماً والقابضُ قاعدٌ ويؤخذُ بتلييته ويُهَرُ ويُقالُ أد الجزيةَ يا ذمي).

تحقيقاً للمصغارِ الذي جعل في النصِّ موصوفاً به حالَ الأداءِ. وهذه الجملةُ من الزوائد^(١).

قال: (ويؤاخذُ بما يتميز^(٢) به فيشدُّ وسطه بخيطٍ غليظٍ من الصوفِ، ولا يلبسُ ما يخصُّ أهلَ العلمِ والزهدِ والشرفِ، ولا يركبُ الخيلَ، وقيلَ: يُمنعُ عنه مطلقاً في الأصحِّ إلاً لضرورةٍ على سرجِ كهيئةِ الأكفِ وينزلُ في مجامعِ المسلمين، ولا يحملُ سلاحاً (ولا يُبدَأُ بسلام)^(٣) ويضيقُ عليه الطريقُ وتُميزُ نساؤهم عن نساؤنا في الطريقِ والحمامِ).

(١) «المبسوط» ٨١/١٠، و«فتح القدير» ٥٦/٦، و«تبيين الحقائق» ٢٧٩/٣، و«البحر الرائق» ١٢١/٥.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (شهر).

إِنَّمَا يُؤَاخِذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْإِهَانَةِ ، وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ
الْإِعْزَازِ وَالْكَرَامَةِ فَلَا يَبْدَأُ بِسَلَامٍ وَيُضِيقُ عَلَيْهِ / ١٧٥ ب / الطَّرِيقُ . فَوَجِبَ أَنْ
يُظْهَرَ التَّفَاوُثُ بَيْنَهُمَا فِي الزِّي وَالْمَرْكَبِ وَالسَّلَاحِ ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْعَلَامَةِ الَّتِي
بِهَا يَظْهَرُ تَمِيزُهُ ؛ إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ رَبَّمَا عُوِّمِلَ مَعَامِلَةُ الْمُسْلِمِينَ وَإِنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ .
وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْعَلَامَةُ (الَّتِي بِهَا يَظْهَرُ وَتَمِيزُهُ أَنْ تَكُونَ) ^(١) شَرِيفَةً أَيْضًا ،
فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا غَلِيظًا مِنَ الصُّوفِ دُونَ الزَّنَادِ مِنَ الْإِبْرِسِمِ تَحْقِيقًا
لِلْهَوَانِ ؛ وَكَذَلِكَ يَجِبُ تَمِيزُ نِسَائِهِمْ عَنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ فِي مَوَاضِعِ
الْأَسْتَبَاهِ كَالْحَمَامِ وَفِي الطَّرِيقِ ، وَكَذَلِكَ يَجْعَلُ عَلَى دَوْرِهِمْ عِلَامَاتٍ
تُعَرَفُ بِهَا ؛ لِئَلَّا يَقُفَ عَلَيْهَا سَائِلٌ يَدْعُوا لَهُمْ بِالْمَغْفِرَةِ .

قَالُوا : وَالْأَحَقُّ أَنْ يُمْنَعُوا عَنِ الرُّكُوبِ أَصْلًا إِلَّا لِحَاجَةٍ ، فَيَجُوزُ أَنْ
يَرْكَبُوا حَيْثُ دَامَتْ الْحَاجَةُ الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرْجًا كَهَيْئَةِ الْأَكْفِ ، وَإِذَا رَأَوْا
الْمُسْلِمِينَ مُجْتَمِعِينَ فِي دَارٍ نَزَلُوا ، وَكَذَلِكَ يُمْنَعُونَ عَنْ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ
الْعِلْمِ وَالشَّرَفِ وَالزَّهْدِ تَعْظِيمًا لِأَهْلِ ذَلِكَ الزِّي وَتَخْصِيصًا لَهُمْ أَنْ يُشَارِكَهُمْ
فِيهِ مِنْ أَهْلِ إِهَانَتِهِ ، وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ أَيْضًا مِنَ الزَّوَائِدِ ^(٢) .

قال : (وَلَا يُتَقَضُّ الْعَهْدُ إِلَّا أَنْ يَلْحَقُوا الْحَرْبَ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى

مَوْضِعٍ فَيَحَارِبُونَا لَا بِالْامْتِنَاعِ عَنْ أَدَاءِ الْجَزْيَةِ - إِلَّا فِي

رَوَايَةٍ - أَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ أَوْ الزَّانَا بِمُسْلِمَةٍ أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ ﷺ) .

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُمْ بِاللِّحَاقِ بِالْأَدَارِ وَبِالْغَلْبَةِ عَلَى مَوْضِعٍ لِلْحَرَابِ صَارُوا
حَرْبًا عَلَيْنَا بَعْدَ أَنْ كَانُوا سَلَمًا لَنَا بِقَبُولِ عَقْدِ الذِّمَّةِ ، فَلَوْ بَقِيَ الْعَهْدُ يَعْرِى عَنْ

(١) مِنْ (ب) .

(٢) «السير الكبير» ٩٧-٩٨ ، و«الاختيار» ٣٨٨-٣٨٩ ، و«البحر الرائق» ١٢٢/٥ -

١٢٣ ، و«اللباب» ١٤٧/٤ .

الفائدة وهو دفع شر الحراب^(١).

وأما الثاني فلأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها في قوله ﷺ: «إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم مالنا وعليهم ما علينا»^(٢)، والالتزام باقٍ، فلم تكن (مقارنة)^(٣) تلك الأشياء موجبا لانتقاض العهد؛ لأنها ليست غاية ينتهي بها القتال^(١).

وعن الشافعي^(٤) أن سبه ﷺ موجب لانتقاض عهده؛ لأنه ينقض إيمانه لو كان مؤمنا فكذلك ينقض أمانه.

ولنا^(١): أن السب كفر منه، والكفر المقارن لم يكن مانعا، فالطارئ لا يكون رافعا، والامتناع عن أداء الجزية غير موجب لانتقاض العهد كذا في أكثر الكتب؛ لما قلنا.

وزاد هاهنا قوله: (إلا في رواية) وهذه الرواية في «واقعات الحسام» في كتاب الزكاة.

قال: أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية يُقاتلون؛ لأنهم في الأبتداء يقاتلون إذا امتنعوا في القبول فكذلك في الانتهاء وأقول: نص الكتاب مما يؤذن بأن الغاية التي بها منتهى القتال هي الأداء لا نفس الالتزام. قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ والإعطاء هو الأداء

(١) «الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٢٤،

و«اللباب» ٤/ ١٤٧-١٤٨.

(٢) قال الألباني: في قوله: «لهم مالنا...» مما لا أصل له وإنما هو لمن أسلم منهم.

«السلسلة الضعيفة» (١١٠٣).

(٣) في (ب) و(ج): (مقارنة).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٥٨، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٣، و«حلية العلماء» ٧/ ٧١٠-٧١١،

و«روضة الطالبين» ٧/ ٥١٥-٥١٧.

عنه^(١) فإذا أمتنع غير الأداء كان ما هو غاية القتال منتفياً فيتحقق القتال^(٢).

قال: (ولا يجوز إحداث بيعه ولا كنيسة في دارنا ولا الوصية به في الصحيح وإذا أنهدمت القديمة أعيدت).

أما الأول؛ فلقوله ﷺ: «لا إحصاء في الإسلام ولا كنيسة»^(٣)، والمراد: إحداثها، وإذا أنهدمت أعيدت؛ لأن الإمام لما أقرهم عليها فقد عهد لهم بالإعادة عند الأنهدام، إلا أنهم لا يُمَكِّنُونَ من نقلها؛ لأن ذلك إحداث حقيقة، والصومعة كالبيعة، وهذا المذكور إنما هو في الأمصار دون القرى؛ لأن الأمصار محل إقامة الشعائر فلا يعارض بإظهار ما يخالفها.

قال صاحب «الهداية»^(٤): وقيل في ديارنا يُمنعون عن إظهار ذلك في القرى أيضاً؛ لأن فيها بعض الشعائر.

قال: والمروري عن صاحب «الهداية»^{(٤)(٥)} في قرى الكوفة؛ لأن أكبر أهلها أهل الذمة، وفي أرض العرب يُمنعون عن ذلك في أمصارهم وقواهم؛ لقوله ﷺ: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»^(٦)، وأما

(١) في (ج): (بعينه).

(٢) «مختصر أختلاف العلماء» ٥٠٤-٥٠٦/٣، و«الهداية» ٣٨٧-٣٨٨/٢، و«فتح القدير» ٦٢-٦٣/٦، و«البحر الرائق» ١٢٤/٥، و«تبيين الحقائق» ١٢٤/٥، و«اللباب» ١٤٧-١٤٨/٤.

(٣) رواه البيهقي ٢٤/١٠ وصحح الألباني قوله: «لا إحصاء في الإسلام» برقم (٧١٦٦) في «صحيح الجامع». وباقي الحديث ضعفه في «ضعيف الجامع» (٦١٧١).

(٤) «الهداية» ٢/٤٥٥.

(٥) في (ب): (المذهب).

(٦) رواه مالك في «الموطأ» ٨٩٢/٢ رواية يحيى، والبيهقي ٢٠٨/٩.

الوصية فقد صحَّ في الكتابِ عدمُ الجوازِ.

وصورةُ المسألة إذا أوصى أن تبني داره بيعةً أو كنيسةً في السوادِ لا في المصرِ، ولم تكن الوصية لقومٍ مسمينَ فالوصية جائزة عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله من الثلث؛ لأنَّا أمرنا بتركهم وما يدينون. وقال^(٢): لا يجوزُ ذلكَ لأنَّه إيصاءٌ بما هو معصيةٌ حقيقةً، وإنَّ كانَ في معتقدِهِم أنَّه قربةٌ، والوصية بالمعصية باطلة وفي تنفيذها تقريرٌ للمعصية فلا يجوزُ.

قال: (ويؤخذُ من نصارى بني تغلب ونسائِهِم لا صبيانِهِم ضعفُ الزكاة).

لأنَّ عمرَ رضي الله عنه صالحَهُم على ذلكَ بمحضٍ من الصحابة رضي الله عنهم. ويؤخذُ من نسائِهِم دونَ صبيانِهِم؛ لأنَّ الصلحَ على الصدقة المضاعفة، والصدقة تجبُ عليهن دونَ الصبيانِ فكذا المضاعفة^(٣).

قال: (ويصرفُ ما جبي^(٤) من الخراجِ والجزية وأموالِ بني تغلب وما أهدي إلى الإمام من أهلِ الحربِ، في مصالحِ المسلمين كسِدِ الثغورِ وبناءِ القناطرِ والجسورِ وعطاءِ القضاةِ والعلماءِ والعمالِ وأرزاقِ المقاتلةِ وذرائعِهِم ما يكفيهِم).

(١) «الاختيار» ٣٨٩/٤، و«فتح القدير» ٥٧/٦-٥٩، و«البحر الرائق» ١٢١/٥-١٢٢، و«اللباب» ١٤٦-١٤٧.

(٢) «الهداية» ٦٠٨-٦٠٩، و«الاختيار» ٥٤٥/٥.

(٣) «الهداية» ٤٥٧/٢، و«الاختيار» ٣٨٩-٣٩٠، و«البحر الرائق» ١٢٦/٥، و«تبيين الحقائق» ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) في (ج): (جنى).

لأنَّ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ وصل إلى المسلمين بغير قتالٍ، ومالُ بَيْتِ الْمَالِ
 معدٌّ لمصالح المسلمين^(١) وهؤلاء يعملون لهم فيرزقون منه بقدر كفايتهم،
 ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يُعطوا بقدر كفايتهم لاحتاجوا إلى
 الأكساب^(٢) فلم يتفرغوا للقتال، وعطف الجسور على بناء القناطر
 وليست الجسور مبنية بل^(٣) من جنس العطف في قوله:
 متقلداً سيفاً ورمحاً^(٤)



(١) في (ب): (الناس).

(٢) في (ج): (اكتساب).

(٣) من (ج).

(٤) «الهداية» ٤٥٧/٢، و«الاختيار» ٣٩٠/٤، و«تبين الحقائق» ٢٨٣/٣، و«البحر
 الرائق» ١٢٧/٥.

فصل:

في أحكام المرتدين /١١٧٦/

قال: (ويُعرضُ الإسلامُ على المرتد وإن كانت له شبهةٌ كُشِفَتْ ويُحبَسُ ثلاثةَ أيَّامٍ إن استمهلَ وقيلَ: يُستحبُّ مطلقًا، فإن أسلمَ وإلا قُتِلَ ويُكرهُ قَبْلَ العرضِ ولا شيءَ على قاتله).

إذا ارتدَّ المسلمُ -نعوذُ بالله- عُرضَ عليه الإسلامُ فإن كانت له شبهةٌ أَسْتَنَدَ إليها وَجَبَ كَشْفُهَا عنه لتَنَزَّاحَ علَّتُهُ، وفيه دفعُ الشرِّ بأحسنِ الوجوه وأقربِ الطرقِ.

وقوله (عُرضَ عليه) ليسَ بواجبٍ على ما قالوا لأنَّه قد بَلَغَتْهُ الدعوةُ ويُحبَسُ ثلاثةَ أيَّامٍ فإن أسلمَ وإلا قُتِلَ.

وفي «الجامع الصغير»^(١): المرتدُّ يُعرضُ عليه الإسلامُ فإن أبى قُتِلَ. ووجهُ الجمعِ إن استمهلَ فيمهلُ ثلاثةَ أيَّامٍ؛ لأنَّ الثلاثةَ مدَّةٌ ضُرِبَتْ لإِبْلَاءِ الأعْزَازِ كما في شرطِ الخيارِ وقيلَ: يُستحبُّ تأجيلُهُ ثلاثةَ أيَّامٍ مطلقًا استمهلَ أو لم يستمهلَ. رُوي ذلك عن أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسفَ رحمهما الله ووجهُ الاستحبابِ أنَّ الارتدادَ ظاهرًا لا بدَّ أن يكونَ مضافًا إلى شبهةٍ، فالتأجيلُ ثلاثةَ أيَّامٍ للتأملِ، وكشفُ تلكِ الشبهةِ محصلُ

(١) «الجامع الصغير» ٣٠٦، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٥٨، و«المبسوط» ٩٨/١٠،

و«فتح القدير» ٦٨/٦، و«اللباب» ١٤٨/٤

(٢) «المبسوط» ٩٩/١٠، و«فتح القدير» ٦٨/٦، و«تبيين الحقائق» ٢٨٤/٣، و«اللباب»

للمعرض مع رجاء العودة وإبقاء الحياة فكان أولى، وإنما يُقتل إذا أبى لقوله ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِيْنَهُ فَاقْتُلُوهُ»^(١)؛ ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل.

وقضية الدليل أن يُقتل في الحال من غير استمهال؛ لأن التأخير لا يجوز لأمر موهوم إلا أنا أحسننا^(٢) التأخير ثلاثة أيام ليكون له زمان يمكنه فيه التأمل وكشف الشبهة، ولو قُتل قبل العرض عليه كره ذلك بمعنى ترك المستحب ولا شيء على قاتله؛ لوجود المبيح وهو الكفر، والعرض غير واجب لبلوغ الدعوة. وكيفية التوبة أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام إذ لا دين له، ولو تبرأ عن الدين الذي أنتقل إليه كفاه لحصول المقصود^(٣).

قال: (ويزول ملكه عن أمواله زوالاً مراعى، فإن أسلم عادت أو مات أو قتل لم نجعلها فينا مطلقاً، فما اكتسبه في حال الإسلام موروث وفي الردة فيء وقالوا: موروث مطلقاً).

ملك المرتد يزول عن أملاكه زوالاً مراعى فإن أسلم عادت إلى ملكه، قالوا: وهذا عند أبي حنيفة^(٤) ﷺ؛ وعندهما^(٤) لا يزول ملكه؛ لأنه الآن

(١) رواه البخاري (٦٩٢٢) وأبو داود (٤٣٥١) والترمذي (١٤٥٨).

(٢) في (ب) و(ج): (أحبنا).

(٣) «المبسوط» ٩٩/١٠، و«فتح القدير» ٦٨/٦، و«تبيين الحقائق» ٢٨٤/٣، و«اللباب» ١٤٩/٤.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٥٠٦-٥٠٧، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«المبسوط» ١٠١-١٠٢، و«فتح القدير» ٧٣-٧٥، و«اللباب» ١٤٩/٤-١٥٠.

مكلف بالإيمان وبالحرمان وهو محتاج إلى الملك فيبقى ملكه في ماله إلى أن يقتل، كما يبقى في المحكوم عليه بالرجم والقصاص.

ولأبي حنيفة^(١) رحمه الله أنه حربى مهوّر تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالمحاربة، وهذا يوجب زوال ملكه ومالكه مطلقاً غير أنه مدعو إلى الإسلام مجبوراً على ذلك مرجو عودته إليه فوجب التوقف في أمره، فإن أسلم كان العارض كأن لم يكن في حق زوال ملكه وصار كأنه لم يزل مسلماً، وإن قُتل على الردة أو مات عليها أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب السابق عمله في زوال ملكه، ثم إذا مات أو قُتل على الردة.

قال الشافعي^(٢) رحمه الله: أمواله فيء مطلقاً - أي: التي اكتسبها حال الردة والتي اكتسبها حال الإسلام - لأنه مات كافراً، والمسلم لا يرث الكافر، وهو مال حربى لا أمان له فكان فيئاً. وقال أبو حنيفة^(٣) رحمه الله: ما اكتسبه في حال الإسلام موروث عنه وما اكتسبه في الردة فيء. وقالوا^{(٤)(٥)}: هو موروث مطلقاً. أي: ما اكتسبه في الحالين جميعاً.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٥٠٦-٥٠٧/٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«المبسوط» ١٠١-١٠٢/١٠، و«فتح القدير» ٧٣-٧٥/٦، و«اللباب» ١٤٩/٤-١٥٠.

(٢) «الأم» ٣٦٣/٧، و«المهذب» ٢٢٤/٢، و«حلية العلماء» ٦٢٨-٦٢٩/٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥٠٦-٥٠٧/٣، و«المبسوط» ١٠١-١٠٢/١٠، و«فتح القدير» ٧٣-٧٥/٦، و«اللباب» ١٤٩/٤-١٥٠.

(٤) «الهداية» ٤٥٩/٢، و«الاختيار» ٣٩٦/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٨٥-٢٨٦/٣، و«البحر الرائق» ١٤١/٥.

(٥) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

وهذا الاختلاف مبني على أن تصرفات المرتد حال الردة نافذة عندهما^(١)، فكان ملكه الحاصل بتلك التصرفات النافذة ملكاً صحيحاً فينتقل إلى وارثه. وعنده^(٢) تصرفاته موقوفة لتردد ماله كما بيتاً فلا يكون ملكه المضاف إلى تلك التصرفات ملكاً صحيحاً فكان فيئاً كأكساب حربيٍّ مقهورٍ في أيدينا، ولأننا اعتبرنا المرتد ميتاً من حين رده فصرفنا ما كان له قبل الارتداد إلى الوارث ليكون توريث مسلم من مسلم، ولا يمكن ذلك في أكساب الردة؛ لأن اعتبار كونه ميتاً في حين الردة ينافي اعتبار كونه كاسباً بعده، واعتبار كونه كاسباً حياً بعد الردة ينافي اعتبار كونه ميتاً (منذ)^(٣) الردة فيكون توريث مسلم من كافر لو ورثناه فلم يجز.

قال: (وإذا حكم بلحاظه مرتدًا نجعله كموته فيعتق مدبره وأُمُّ ولده ويحلُّ دينه^(٣) ويرث أهله المسلمون ما اكتسبه في الإسلام، ويعتبر كونه وارثاً وقت القضاء لا وقت اللحاق).

إذا لحق بدار الحرب مرتدًا وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبره وأمهات أولاده، وحلَّت الديون التي عليه، ونقل ما اكتسب في حال الإسلام إلى ورثته من^(٤) المسلمين.

(١) «الهداية» ٤٥٩/٢، و«الاختيار» ٣٩٦/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٨٥-٢٨٦/٣، و«البحر الرائق» ١٤١/٥.

(٢) في (ج): (بعد).

(٣) في (ب): (ديونه).

(٤) من (ب) و(ج).

وقال الشافعي^(١) رحمه الله: يبقى ماله موقوفاً كما كان؛ لأنه نوع غيبة فأشبهه الغيبة في دار الإسلام.

ولنا^(٢): أن باللاحق صار من أهل الحرب، وأهل الحرب هم^(٣) أموال في حق أحكام الإسلام بسبب انقطاع ولاية الإلزام من الإمام كانقطاعها عن الموتى، فصار اللاحق كالموت، إلا أن استقرار لحاقه إنما يكون بقضاء القاضي به؛ لاحتمال العود إلى دار الإسلام وليس /١٧٦ب/ القضاء نفسه مما يقطع الاحتمال لكن لأن الظاهر أن القاضي لم يقض إلا لغلبة ظنه ببقائه في دار الحرب لنوع دليل يقطع الاحتمال يستند القضاء إليه، وإذا تعزز موته تثبت الأحكام المتعلقة به كما في الموت حقيقة، ثم اعتبار كونه وارثاً عند اللاحق عند محمد^(٤) رحمه الله؛ لأنه هو السبب، والقضاء لقطع الاحتمال.

وعند أبي يوسف^(٥) رحمه الله وقت القضاء؛ لأنه يصير ميتاً به، وهذه من الزوائد.

قال: (ودينه اللازم في الإسلام يقضى من كسب الإسلام وفي الردة من كسبها والبداءة به من كسب الإسلام أو من الردة روايتان وقالوا: يقضى منهما).

قال أبو حنيفة^(٦) رحمه الله: تقضى الديون اللازمة في حال الإسلام مما كان

(١) «الأم» ٣٦٣/٧، و«المهذب» ٢/٢٢٤، و«حلية العلماء» ٧/٦٢٨-٦٢٩.

(٢) من (ج).

(٣) «السير الكبير» ١٤٩/٥-١٥١، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«المبسوط» ١٠/١٠٣، و«البحر الرائق» ٥/١٤٠، و«اللباب» ٤/١٥٠.

(٤) «المبسوط» ١٠/١٠٦-١٠٧، و«الهداية» ٢/٤٦٠، و«الاختيار» ٤/٣٩٧، و«اللباب» ٤/١٥١.

قد أكتسبه في حال الإسلام، وتقضى الديون اللازمة له في حال الردة مما أكتسبه في حال الردة. وهذه الرواية عنه، وعنه أيضًا أنه يبدأ أولاً بكسب الإسلام فإذا لم يف بالديون تم قضاؤها من كسب الردة. وعنه أيضًا: يبدأ بالقضاء من كسب الردة فإن لم يف قضيت من كسب الإسلام. والروایتان جميعًا من الزوائد. (وقالا)^(١)(٢): تُقضى بالديون منهما جميعًا؛ لأنهما جميعًا ملكه فتقضى ديونه منهما.

ووجه الرواية الأولى أن المستحق بسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم^(١).

ووجه الرواية الثانية أن كسب الإسلام ملكه، ألا ترى أن الوارث يخلفه فيه، ومن شرط الإرث فراغ المال عن حق المورث^(٣) فيقدم الدين عليه، أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى منه إلا إذا تعذر قضاؤه من كسب الإسلام فيقضى منه، كالذمي، وإذا مات ولا وارث له يكون ماله للمسلمين إلا أن يكون مديونًا فيقضى دينه منه.

ووجه الرواية الثالثة^(١) أن كسب الردة خالص حقه وكسب الإسلام حق الورثة فتقضى ديونه من خالص حقه إلا إذا تعذر بأن لم يف بمجموعها فتقضى حينئذ من كسب الإسلام تقديمًا لحقه^(١).

(١) «المبسوط» ١٠٦/١٠-١٠٧، و«الهداية» ٤٦٠/٢، و«الاختيار» ٣٩٧/٤، و«اللباب» ١٥١/٤.

(٢) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) في (ب) و(ج): (الموروث).

قال: (وبيعهُ وشراؤه وعتقه ورهنهُ وتصرفهُ في مالهِ موقوفٌ،
فإن أسلمَ صحَّحَ عقودهُ، فإن مات أو قُتلَ أو لحقَ
(بدارِ الحرب)^(١) بطلت وأجازها مطلقًا).

تصرفاتُ المرتد أقسامٌ؛ منها ما هو نافذٌ إجماعًا كالأستيلاء والطلاق؛
لأنَّ الأستيلاء لا يتوقفُ على حقيقة الملك، ألا ترى أن للأب أستيلاءً
جارية ابنه مع عدم ملكه لها، والطلاق لا يتوقف على تمام الولاية، فإن
للعبد أن يطلق أمراًته مع عدم تمام الولاية.
ومنها ما هو باطلٌ بالاتفاق كالنكاح والذبيحة؛ لأنهما يعتمدان قيامَ
الملة، والمرتد لا ملة له.

ومنها ما هو موقوفٌ بالاتفاق كشركةِ المفوضة^(٢) لأنها تعتمدُ المساواة
ولا مساواةً بين المسلم والمرتد، ومنها ما وقع الخلاف في توقفهِ ونفوذهِ،
وهو المذكورُ في المتن، فعند أبي حنيفة^(٣) رحمته الله هذه التصرفاتُ موقفةٌ، فإن
أسلم صحَّحَ، وإن مات أو قُتلَ على الردَّة أو لحقَ بدارِ الحرب بطلت.
وقالا: هي نافذة مطلقًا، عاد إلى الإسلام أو لم يعد. لهما أن صحة
التصرف تعتمد قيامَ الأهلية، والنفادُ يعتمدُ الملك، وأهليته ظاهرةٌ لكونه
مكلفًا، والملكُ أيضًا قائمٌ لقيامهِ قبلَ موته على ما مرَّ، ولهذا فإنه لو ولدَ
له ولدٌ بعد ردِّته لستة أشهرٍ من امرأة^(٤) له مسلمة يرث^(٥) ذلك الولد،

(١) من (ب). (٢) في (ب): (المعاوضة).

(٣) «السير الكبير» ١٥٥/٥-١٥٧، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٥٠٥-٥٠٧،
و«الهداية» ٢/٤٦١، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٨٧-٢٨٨، و«اللباب» ٤/١٥١.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (ورثه)، وفي (ج): (يرثه).

ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه^(١)، وصحة التصرف بناءً عليهما إلا عند أبي يوسف^(٢) رحمهما الله تصح تصرفاته كما تصح من الصحيح؛ لأن الظاهر عوده إلى الإسلام لإزاحة الشبهة فلا يقبل فصار كالمرتد.

وعند محمد^(١) تصح كصحة تصرف المريض؛ لأن الردة تفضي إلى القتل غالباً؛ لعدم ترك ما أنتقل إليه ظاهراً بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل.

ولأبي حنيفة^(١) رحمهما الله أنه حربى مقهور تحت أيدينا. على ما مر في توقف الملك، وتوقف التصرف بناءً على توقف الملك فصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيقهر، فإن تصرفاته موقوفة لتوقف حاله فكذا المرتدة^(٢) واستحقاق القتل ههنا لبطلان سبب العصمة في هذين الفصلين - أعني في المرتد والحربي الداخل بغير أمان - فأوجب ذلك خللاً في الأهلية، وهذا بخلاف الزاني والقاتل عمداً؛ لأن استحقاق القتل ثمة لجزاء الجناية، والجناية تعتمد قيام الأهلية فافترقا، وبخلاف المرتدة فإنها ليست حربية ولهذا لا تقتل.

قال: (وإذا عاد مسلماً بعد الحكم أخذ ما وجدته من ماله في يده وارثه).

إذا عاد المرتد إلى دار الإسلام مسلماً بعد أن حكم الحاكم بلحاظه بدار الحرب مرتدًا فما وجدته في يده وارثه من ماله بعينه أخذه؛ لأن الوارث إنما

(١) «السير الكبير» ١٥٥/٥ - ١٥٧، و«مختصر أختلاف العلماء» ٥٠٦/٣ - ٦٠٦،

و«الهداية» ٤٦١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٨٧/٣ - ٢٨٨، و«اللباب» ١٥١/٤.

(٢) في (ب): (المرتدة).

يخلفه فيه بعد أستغناء المورث عنه^(١) وإذا عاد مسلماً احتاج إليه^(٢) فيقدم عليه، بخلاف ما إذا خرج من ملك الوارث، وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين؛ لأن القضاء مستند فيه إلى دليلٍ مصحح للقضاء فوقه صحيحاً فلا ينقض، ولو جاء مسلماً قبل الحكم فكأنه لم يزل مسلماً^(٣).

قال: (ولا تقتل المرتدة/١١٧٧/ فتحبس وتضرب في أيام لتسلم وتصح تصرفاتها في مالها).

المرتدة لا تقتل عندنا^(٤) ولكنها تحبس وتجبر على الإسلام بالضرب في كل أيام -وهذا من الزوائد- مبالغة في الإلجاء إلى الإسلام. وقال الشافعي^(٥): تقتل لعموم قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» ولأن الردة جناية مغلظة نيطة بها عقوبة مغلظة وهي القتل في حق الرجل والمرتدة^(٦) تشاركه في الجناية فيشاركها في موجبها.

ولنا^(٥): أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء؛ ولأن الأصل في أجزئة الجنايات أن تتأخر إلى دار الجزاء، وإنما عجل منها ما عجل دفعاً لشرٍّ حاضر يفوت بالتأخير، والشر الواجب دفعه ههنا شر الحراب، والرجل

(١) من (ب).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «السير الكبير» ١٥٧/٥، و«الهداية» ٤٦١/٢، و«الاختيار» ٣٩٧/٤، و«البحر الرائق» ١٤٥/٥، و«اللباب» ١٥٢/٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٩، و«المبسوط» ١٠٩/١٠-١١٠، و«إيثار الإنصاف» ص ٤٥٦-٤٦١، و«فتح القدير» ٧١-٧٢، و«اللباب» ١٥٢/٤.

(٥) «المهذب» ٢٢٣/٢، و«روضة الطالبين» ٢٩٥/٧، و«حلية العلماء» ٦٢٤/٧، و«غاية البيان» ص ٢٩٨.

(٦) في (ب) و(ج): (والمرأة).

هو الذي يتوقع منه ذلك، والمرأة ليست بصالحة له، وصارت المرتدة كالكافرة الأصلية وتصرفاتها في مالها نافذة؛ لأنها لا تقتل، فكان ملكها باقياً عليها، وصحة التصرف^(١) بناءً عليه.

قال: (ويحكم بصحة إسلام الصبي العاقل وردته فيجبر على الإسلام ولا يقتل ويحكم بالإسلام دونها).

إسلام الصبي الذي يعقل صحيح وكذلك ردته عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد^(٣) رحمهما الله.

وقال أبو يوسف^(٢): إسلامه صحيح دون ردته.

وقال الشافعي^(٣)، وهو قول زفر^(٢) رحمهما الله: لا يصح منه واحد منهما. لهما: أنه في الإسلام تبع لأبويه، وأنه دليل عجزه وأماره كونه مولياً عليه فلا يجعل فيه أصلاً لإشعاره بالقدرة والولاية، وفيه منافاة ظاهرة، ولأنه يلزمه بالإسلام أحكام يشوبها مضرة لصيرورته محروماً عن ميراث أقاربه الكفار، وبينونة أمراته الكافرة منه بنفس الإسلام عنده فلا يؤهل لذلك.

ولنا^(٢): أن أفتخار علي^{عليه السلام} بإسلامه في صباه، وتصحيحه عليه السلام إسلامه مشهور، وكفى به دليلاً على صحة صدوره منه، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام فامتنع رده إذ الحقيقة بعد وجود ما يستحيل ردها، وهذا لأن الإسلام هو التصديق والإقرار عن طوع دليل الاعتقاد وما يترتب

(١) في (ب): (التصرفات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٠، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٠-١٢١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«إثبات الإنصاف» ص ٤٦٧-٤٧١.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٢٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٩٠، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٢٢.

على صحة الإسلام من الخيرات الأبدية والسعادات الدائمة التي هي من أجل المنافع التي ينبنى عليها غيرها من المنافع حاصلة، فلا يبالي بشائبة ضرر يسير عاجل يمكن استدراكه.

ولهم في الردة أنها مضرّة محضّة فلا يحكم بصحتها منه، بخلاف الإسلام عند أبي يوسف^(١) رحمته الله؛ لأنه تعلق به أعلى المنافع.

ولأبي حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله (أنها موجودة)^(٢) حقيقة فلا يمكن ردّها في الإسلام إلا أنه يجب إجبارُهُ على الإسلام لما فيه من النفع له، ولا يقتل؛ لأنّ القتل عقوبة، ولا عقوبة على الصبيّ مرحمة في حقّه، وإنما قيد الصبيّ بالعاقل؛ لأنّ غير العاقل ليس له قصد صحيح، والردة والجبر على الإسلام وعدم القتل من الزوائد^(١).

قال: (وإذا تنصّر يهوديٌّ أو بالعكس ترك ولا نجبره على الإسلام).

أقام الخلاف في القول الصحيح من مذهب الشافعي^(٣) فإنّ له في المسألة أقوالاً ثلاثة:

أحدهما: هذا، والثاني: يقبل دينه الأول. والآخر أنه يقرّ^(٤) وعندنا^(٥) يترك ولا يجبر على الإسلام أو على دينه الأول، وهذا ينبنى على أنّ الكفر

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٠، و«المبسوط» ١٠/١٢٠-١٢١، و«الهداية» ٢/٣٩٨، وإيثار الإنصاف ص ٤٦٧-٤٧١.

(٢) في (ب): (أنهما موجودان).

(٣) «المهذب» ٢/٢٢٢، و«روضة الطالبين» ٧/٢٩٠.

(٤) في (ب): (يقف)، وفي (ج): (يقرر).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٥٠٨.

كلُّه ملةٌ واحدةٌ عندنا^(١) وملتانٍ عنده فيجبُ إما على الإسلام أو على الدين الذي كان عليه، ولهذا لا ترى التوارث بين هذه الملل ولا التناكح لقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين»^(٢)، وعندنا^(١) يتوارثون ويتناكحون؛ لأنَّ الكفرَ ملةٌ واحدةٌ؛ لاتفاقهم على الكفر واجتماعهم في العقاب في الدار الآخرة. والمرادُ بما رواه ملتان: الإسلام، والكفر.



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦١، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥٠٨/٣.

(٢) رواه الترمذي (٢١٠٨) عن جابر وصححه الألباني.

ورواه ابن ماجه (٢٧٣١)، وأحمد ١٧٨/٢ كلاهما عن عبد الله بن عمرو

وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٢٢٠٧).

فصل في البغاة

قال: (إذا تغلب قومٌ مسلمون على بلدٍ وخرجوا عن الطاعة دعاهم إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ولا يبدأهم بقتالٍ فإن بدؤوا قاتلهم حتى يفرق جمعهم).

إذا غلب جمعٌ من المسلمين على بلدٍ وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى الجماعة وكشف عن الشبهة التي استندوا إليها في خروجهم عن طاعته، فإن أمير المؤمنين علياً عليه السلام فعل كذلك بأهل حروراء - قرية من قرى الكوفة كان فيها أول مجتمع الخوارج - قبل أن يقاتلهم، ولأن الدعوة والكشف عن الشبهة أهون الأمرين، ولعل الشر يندفع فيبدأ به أولاً، ولا يبدأهم بقتالٍ حتى يبدؤوه فإذا بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم، هكذا ذكره القدوري^(١) رحمته الله.

قال صاحب «الهداية»^(٢): وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده^(٣) أن عندنا^(٤) يجوز للإمام أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وعند الشافعي^(٥): لا يجوز إلا دفعا، وهؤلاء مسلمون بخلاف الكافر؛ لأن نفس الكفر مبيحٌ لدمه عنده.

(١) «الكتاب» ٤/ ١٥٤. (٢) «الهداية» ٢/ ٤٦٤.

(٣) خواهر زاده: هو محمد بن الحسين بن محمد بن أبو بكر البخاري فقيه كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر مولده ووفاته في بخارى، له «المبسوط»، و«المختصر»، «التجنيس في الفقه». توفي سنة ٤٨٣ هـ. «الأعلام» ٢/ ٣٢٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٥، و«فتح القدير» ٦/ ١٠- ١٠٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥١-١٥٢.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٢١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٧٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٦١٨، و«غاية البيان» ٣٩٧.

ولنا^(١): أَنَّ الحَكَمَ يَدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الاحْتِمَالُ^(٢) عَنْ مَنَعِهِ، وَإِنَّمَا أَدِيرُ الحَكَمَ عَلَى الدَّلِيلِ دُونَ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ؛ لِأَنَّ الإِمَامَ لَوْ أَنْتَظَرَ الْقِتَالَ حَقِيقَةً فَرُبَّمَا لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ، فَكَانَ إِدَارَةُ الحَكَمِ عَلَى الدَّلِيلِ أَوْلَى دَفْعًا لَشَرِّهِمْ. قَالَ: (وَنَجِيزُ قِتَالِهِمْ بِسَلَاحِهِمْ لِلْحَاجَةِ).

لَا لِلتَّمْلِكِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مَالُ مُسْلِمٍ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ إِلَّا بِرِضَاهُ.

ولنا^(٤): أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَسَمَ السَّلَاحَ بَيْنَ أَصْحَابِهِ بِالْبَصْرَةِ، وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلتَّمْلِكِ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ /١٧٧ب/ وَلايَةً أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مَالِ الْعَادِلِ (لِلضَّرُورَةِ الْحَاجَةِ)^(٥) فَأَوْلَى أَنْ يَجُوزَ لَهُ فِي مَالِ الْبَاغِي، وَدَفْعُ الضَّرَرِ الْأَعْلَى بِتَحْمِلِ الضَّرَرِ الْأَدْنَى سَائِغٌ وَمُصْلِحَةٌ.

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَهُ نَاهِبُهُمْ حَبَسَهُمْ لِيَتُوبُوا دَفْعًا لَشَرِّهِمْ بِقَدْرِ الْأَمْكَانِ).

وَهَذِهِ زَائِدَةٌ^(٦).

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِتْنَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَأَتْبَعَ مَوْلِيَهُمْ وَلَا فَلَ).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/١٢٥، و«البحر الرائق» ٥/١٥١.

(٢) فِي (ب) وَ(ج): (الاجتماع).

(٣) «المهذب» ٢/٢٢١، و«روضة الطالبين» ٧/٢٧٩، و«حلية العلماء» ٧/٦١٨، و«غاية البيان» ٣٩٧.

(٤) «المبسوط» ١٠/١٢٦، و«الهداية» ٢/٤٦٥، و«اللباب» ٤/١٥٥.

(٥) فِي (ج): (للضرورة والحاجة).

(٦) «الهداية» ٢/٤٦٤، و«البحر الرائق» ٥/١٥٢، و«اللباب» ٤/١٥٤-١٥٥.

إذا كانت لهم فئة أجهز على الجريح معناه أتم جرحه وتبع موليهم دفعاً
لشرهم؛ لئلا يلتحق المولي والجريح بالفئة، فإن لم تكن فئة لم يفعل ذلك؛
لاندفاع شرهم بدون ذلك^(١).

قال: (ولا تسبى لهم ذرية ولا يقسم مال ولكن يحبس حتى
يتوبوا فيرد عليهم).

لقول علي عليه السلام يوم الجمل: ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ
مال. وكفى به قدوة، ومعنى: لا يقتل أسير. أي: إذا لم تكن له فئة وإن
كانت لهم قتله الإمام إن شاء وإن شاء حبسه لما ذكرنا، ولأنهم مسلمون
فيكونون معصومي الدماء والأموال^(٢).

قال: (وإذا قتل العادل مورثه الباغي ورثه، وإن قتله الباغي
وقال: كنت وأنا الآن على حق ورثه ويحكم بحرمانه
مطلقاً).

إذا قتل العادل باغياً فإنه يرثه، وإن قتله الباغي وقال: كنت على حق
وأنا الآن على حق ورثه. واكتفى في الكتاب بذكر الحق نائباً عن ذكره أولاً.
وإن قال: قتله وأنا أعلم أنني على الباطل. لم يرثه. وهذا مفهوم من تعليق
الإرث بقوله: على حق، وكنت على حق. وهذا المعلق به من الزوائد،
وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد^(٣).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/١٢٦، و«فتح القدير» ٦/١٠٣،
و«تبيين الحقائق» ٣/٢٩٥، و«البحر الرائق» ٥/١٥٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/١٢٧-١٢٨، و«الهداية» ٢/٤٦٥.

(٣) «المبسوط» ١٠/١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/٤٦٦، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٩٥-٢٩٦.

وقال أبو يوسف^(١) رحمهم الله: لا يرث الباغي من الوجهين.
والأصل أنَّ العادل إذا أتلَفَ نفسَ الباغي أو ماله لم يضمن ولم يَأْثُمَ
لمكانِ الأمرِ بقتالِهِمْ؛ لدفعِ شرهم، والباغي إذا قتلَ العادلَ لا يجبُ
الضمانُ عندنا^(١) ويَأْثُمُ؛ لأنَّه إتلافٌ عن تأويلٍ فاسدٍ، وهو ملحقٌ
بالصحيح عند أنضمامِ المنعةِ في حقِ الدفعِ كما في منعةِ أهلِ الحربِ
وتأويلِهِمْ، وهذا لأنَّ الأحكامَ تعتمدُ إما الإلزامَ من الإمامِ أو الألتزامَ،
ولا التزامَ لاعتقاده الإباحةَ عن تأويلٍ، ولا إلزامَ لعدمِ الولايةِ لوجودِ
المنعةِ الدافعةِ، والولايةُ باقيةٌ قبلَ المنعةِ، وعند عدمِ التأويلِ ثبتَ
الألتزامُ اعتقادًا، وهذا بخلافِ الإثمِ؛ لأنَّه لا منعةٌ في حقِ الشارعِ.
إذا عرفتَ هذا فتقولُ: قتلُ العادلِ الباغي قتلٌ بحقٍّ. فلم يمنعِ الإرثَ.
ولأبي يوسف^(١) ﷺ في قتلِ الباغي العادلِ أنَّ التأويلَ الفاسدَ إنما يعتبَرُ في
حقِ الدفعِ كما إذا أتلَفَ نفسًا أو مالًا لم يجبُ ضمانُهُما، والحاجةُ ههنا إلى
استحقاقِ الإرثِ.

ولهما: أنَّ الحاجةَ إلى دفعِ الحرمانِ أيضًا إذ القرابةُ سببُ الإرثِ فيعتبرُ
الفاسدُ فيه، إلَّا أنَّ من شرطِهِ بقاءُهُ على ديانتهِ، فإذا قال: كنتُ على
الباطلِ. لم يوجدِ الدافعُ فوجبَ الضمانُ.

قال: (وإنَّ قصدَ مسلمٍ قتلَ مثلهِ بعضًا في المصرِ نهارًا فدفعَ
عن نفسهِ بالسيفِ فعليه القصاصُ).

قال أبو حنيفة^(١) ﷺ: إذا قصدَ مسلمٌ أنْ يقتلَ مسلمًا بالعصا في المصرِ
نهارًا فقتلهُ، المقصودُ بالسيفِ أو ما يقوم مقامه في تفريقِ الأجزاءِ يلزمه

(١) «المبسوط» ١٣٤/١٠، و«فتح القدير» ٢١٠-٢١١/١٠، و«إثبات الإنصاف»
ص ٧٨٢، ٧٨٧، و«اللباب» ٣/١٤١-١٤٢.

القصاصُ.

وقالاً^(١): لا يلزمه؛ لأنَّه لما صالَّ عليه على قصدِ قتلِهِ صارَ محارباً باغياً فله دفعُهُ عن نفسه بالقتلِ؛ دفعاً لشرِّه وصوناً لنفسِهِ عن الهلاكِ، وصارَ كما لو قصدَ قتلَهُ بالسيفِ نهاراً أو ليلاً في المصرِ أو غيره، أو قصدهُ بالعصا في المفازة ليلاً أو نهاراً، أو قصده بالعصا في المصرِ ليلاً. وله أنَّه قتلَهُ عمداً وهو غيرُ مضطرٍّ إلى قتلِهِ فلزمه القصاصُ، وهذا لأنَّ العصا تلبث فيلحقهُ الغوثُ في المصرِ بالنهارِ غالباً، بخلافِ السيفِ؛ لأنَّه لا يلبثُ، وبخلافِ المفازة والليلِ في المصرِ، لعدمِ لحوقِ الغوثِ في المفازة، ولعدمِ الاحترازِ عنه في المصرِ ليلاً عادةً.

قال: (ولا يؤخذُ ما جباهُ البغاةُ من الخراجِ والعشرِ ثانياً فإنَّ صرفوه مصارفهُ أجزاءً أهلهُ وإلا أعادوا فيما بينهم وبين الله تعالى).

أما الأولُ فلأنَّ ولايةَ الأخذِ للإمامِ باعتبارِ حمايتهم إياهم ولم يحمهم^(١) وإنَّ كان البغاةُ قد صرفوا ذلكَ في حقِّه أجزاءً من أخذٍ منه؛ لوصولِ الحقِّ إلى أهله، وإنَّ لم يصرفوه^(٢) في حقِّه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى الإعادة؛ لعدمِ وصولِ الحقِّ إلى أهله^(٣).



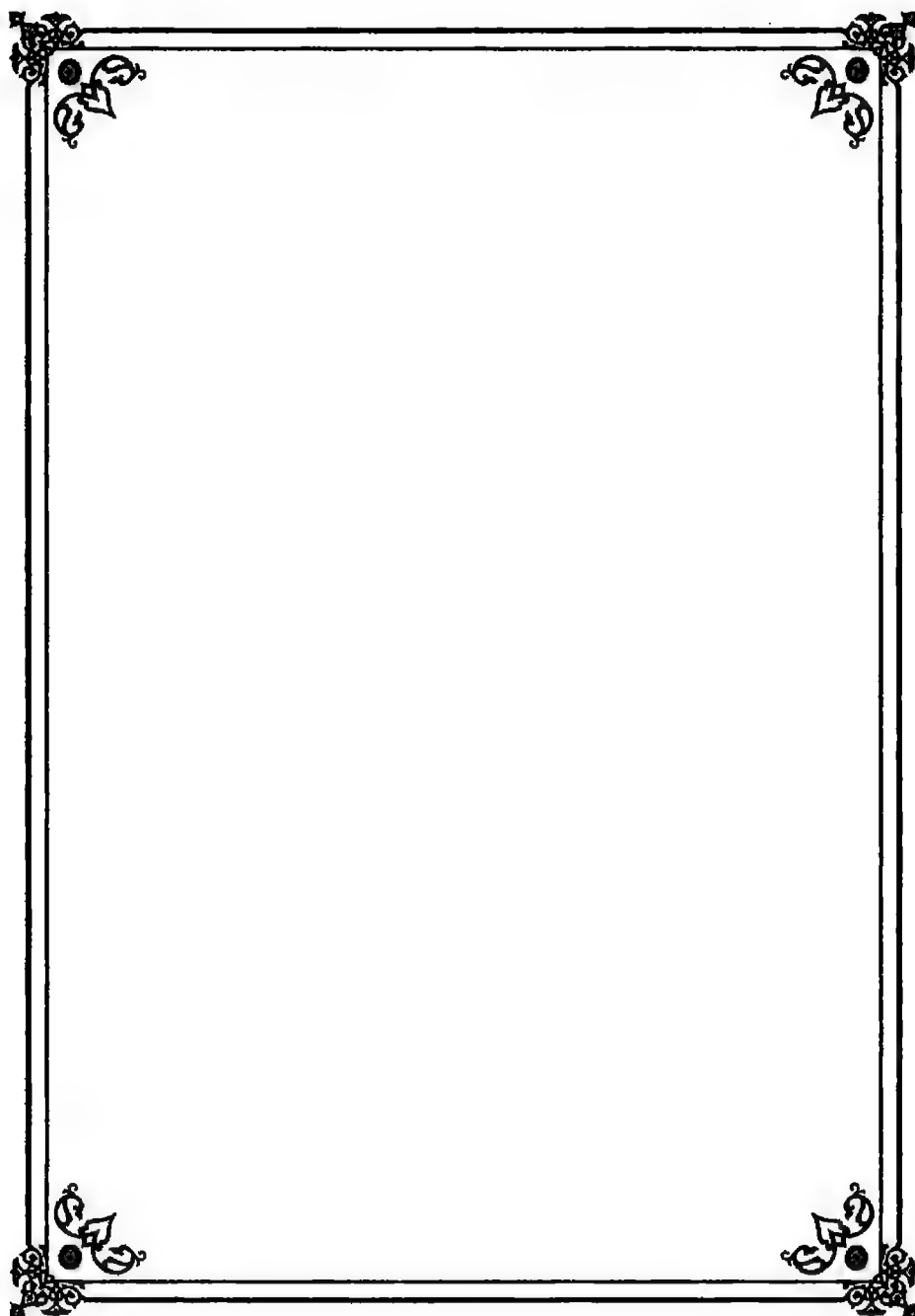
(١) في (ب): (يجمعهم).

(٢) في (ب): (يضعوه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٧، و«مختصر آخلاق العلماء» ٣/ ٥٢١، و«الهداية»

٤٦٤/٢، و«المبسوط» ١٠/ ١٣٥، و«اللباب» ٤/ ١٥٦.

كتاب الحظر والإباحة



كتاب

الحظر والإباحة^{(١)(٢)}

قال: (يحرمُ النظرُ إلى العورةِ إلّا للضرورةِ كالطبيبِ والخاتَنِ والقابلةِ).

والنظرُ إلى العورةِ حرامٌ بالنصوصِ المحرمةِ، وعلى ذلك أنعقدَ إجماعُ الأمةِ واستثنى مواضعَ الضرورةِ كالطبيبِ وما يأتيكَ في أثناءِ البابِ؛ لأنَّ مواضعَ الضرورةِ مستثناةٌ في الشرعِ للضرورةِ الداعيةِ إلى ذلك، وينبغي للطبيبِ أن يعلمَ المرأةَ مداواةَ المرأةِ؛ لأنَّ نظرَ الجنسِ إلى مثلهِ أسهلُّ، فإن لم يتمكنَ من ذلك سترَ كلَّ /١١٧٨/ عضوٍ منها سوى موضعِ المرضِ، وغضَّ بصره ما أستطاعَ؛ لأنَّ الثابتَ بالضرورةِ يتقدرُ بقدرها فلا يتجاوزُ مهما أمكنَ وصارَ كالخاتَنِ والقابلةِ، وهما من الزوائدِ^(٣).

(١) لما فرغ من بيان الأحكام التي يثبت جوازها بدليل لا يحتمل الفساد، وفسادها بدليل لا يحتمل الجواز، شرع في بيان الأحكام التي جوازها بدليل يحتمل الفساد وفسادها بدليل يحتمل الجواز، وهى أحكام الكراهية.
«المستجمع شرح المجمع» ٨١٩.

(٢) الحظر: هو الحجر، وهو خلاف الإباحة. والمحذور: المحرم. «الصحيح» ٢٢٤ مادة حظر.

(٣) «المبسوط» ١٥٦/١٠، و«الهداية» ٤/٤١٩، و«الاختيار» ٤/٤٠٤، و«درر الحكام» ٣١٤/١، و«اللباب» ٤/١٦٣.

قال: (وينظر الرجلُ من الرجلِ، والمرأةُ منه ومن المرأةُ إلى غير العورة).

ينظر الرجلُ من الرجلِ إلى جميع بدنه إلا موضعَ عورته ولم يبين ههنا مقدارها، لأنه قد تقدّم ذكرها في شروط الصلاة فاعتمد في المعرفة عليها.

والعورة من الرجل ما بين سُرّته (إلى ركبته، ويروى: ما دون سُرّته) حتى يجاوز ركبته. ويثبت بهذا أن السرة ليست بعورة وأن الركبة عورة والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر^(١)، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً للإمام أبي بكر محمد بن الفضل^(٢)، وقد أعتد هو على العادة، والعادة لا معتبر لها إلا في موضع لا نص فيه فلا يلتفت إليها إذا خالف النص، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه (أنه رضي الله عنه)^(٣) قال: «الركبة من العورة»^(٤).

ولأن الركبة ملتقى عظمي الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمباح فغلب المحرم احتياطاً، ثم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في العورة المغلظة، وفائدة التفاوت تظهر في الإنكار، فينكر على كاشف الركبة إنكاراً رفيقاً، وعلى كاشف الفخذ

(١) «المبسوط» ١٠/١٤٨.

(٢) هو محمد بن الفضل أبو بكر الفضل الكماري البخاري، كان إماماً كبيراً، معتمداً في الرواية. توفي سنة ٣٨١ هـ «الفوائد البهية» ص ١٨٤.

(٣) من (ب).

(٤) رواه الترمذي (٢١٠٨) عن جابر وصححه الألباني. ورواه ابن ماجه (٢٧٣١)، وأحمد ١٧٨/٢ كلاهما عن عبد الله بن عمرو. وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٢٢٠٧).

إنكاراً عنيفاً، وعلى كاشف (السوء)^(١) بالتأديب إذا ألح، ويباح مس ما يباح النظر إليه من الرجل؛ لأنهما فيما ليس بعورة سواء. وأما المرأة فيجوز لها أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة؛ لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب.

وفي كتاب الخنثى^(٢) من «الأصل» أن نظر المرأة إلى الرجل يتنزل منزلة نظر الرجل إلى محارمه؛ لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإذا أشتت أو كان في أكثر رأيها حصول الشهوة بالنظر أو شككت في ذلك فالمستحب لها غش النظر، وإن كان الناظر الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم، والفرق أن شهوتهن غالبية والغالب كالمحقق اعتباراً، فإذا أشتت الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين ولا كذلك من جانبها وحدها لعدم الشهوة من جانب حقيقة واعتباراً، والمحقق من الجانبين في إفضائه إلى المحرم فوق المحقق من جانب واحد.

ويجوز للمرأة أيضاً أن تنظر من المرأة إلى ما يجوز للرجل النظر إليه من الرجل؛ لوجود الجنسية وعدم الشهوة كما في نظر الرجل إلى الرجل، ولأن في الانكشاف فيما بينهما ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة^(٣).

(١) في (ج): (الستر).

(٢) «المبسوط» ١٠/١٤٨.

(٣) «الهداية» ٤/٤١٩-٤٢٠، و«الاختيار» ٤/٤٠٥-٤٠٦، و«البحر الرائق» ٨/٢١٩-

٢٢٠، و«اللباب» ٤/١٦٣-١٦٤.

قال: (ومن زوجته وأمتيه التي تحلُّ له إلى جميعها).

أي: وينظر الرجل من زوجته ومن أمتيه التي يجوزُ له وطؤها إلى جميعها، ومرادُه (داخلٌ) ^(١) الفرج في جوازِ النظرِ ضمناً ^(٢).

والأصلُ فيه قوله ﷺ: «غَضَّ بَصْرَكَ إِلَّا عَنْ أَمَتِكَ وَامْرَأَتِكَ» ^(٣)؛ ولأنَّ ما فوقَ النظرِ من المس والوطء مباحٌ فما دونَ ذلك من النظرِ أولى بالإباحة، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَى الْأَمْتَانِغُ مِنْ نَظَرٍ كُلِّ مِنْهُمَا إِلَى عَوْرَةِ الْآخِرِ؛ لقوله ﷺ: «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَسْتَرِ مَا اسْتَطَاعَ وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرَّدَ الْعَبْرِ» ^(٤).

قال: (ومن محارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والمضدين، ولا بأسَ بمس ذلك إذا أمن الشهوة، ويمسُّ للشرء، وإنْ خَافَ عَيْنَ الْمَنْظُورِ إِلَيْهِ مِنْهُمَا وَيَتَعَيَّنُ لِمَا لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ الْبَطْنُ وَالْفَخْذُ وَالظَّهْرُ).

والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِيكَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ الآية [النور: ٣١] والمرادُ -والله أعلم- مواضع الزينة وهي ما عددناه، ويدخلُ

(١) في (ب) و(ج): (دخول).

(٢) «المبسوط» ١٠/١٤٨، و«الهداية» ٤/٤٢٠، و«الاختيار» ٤/٤٠٦، و«درر الحكام» ٣١٣/١، و«اللباب» ٤/١٦٤.

(٣) رواه أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠) من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده بلفظ: «احفظ عورتك إِلَّا من زوجتك أو ما ملكت يمينك» وقال: حديث حسن.

(٤) رواه ابن ماجه (١٩٢١) من حديث عتبة بن عبد السلمي.

فيه الساعد والأذنان والعينان^(١) والقدم؛ لأنها من مواضعها بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست من مواضعها، ولأنه يدخل بعض المحارم على البعض من دون استئذان، والعادة في النساء في بيوتهن أن يتقلبن في ثياب مهنتهن فلو حرم النظر إلى هذه المواضع منها أدى إلى الحرج مع أن الرغبة قليلة لأجل الحرمة المؤبدة، بخلاف ما وراء هذه المواضع؛ لأنه قلما ينكشف في العادة، والمحرم هو من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة بنكاح أو زنا في الأصح.

ولا بأس بمس ما يجوز النظر إليه منها لتحقيق الحاجة إلى ذلك في الستر^(٢) وقلة الشهوة للمحرمة، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لا يباح اللمس وإن أبيع النظر؛ لتكامل الشهوة. وإنما قيد في الكتاب إذا أمن الشهوة؛ لأنه إذا لم يأمن على نفسه الشهوة أو عليها لا ينظر ولا يمس لقوله ﷺ: «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش»^(٣)، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيحترز عنه. وأمة الغير كذوات المحارم يجوز النظر منها إلى ما يجوز من ذوات محارمهم؛ لأنها تخرج بحوائج المولى وتخدم الأضياف في ثياب مهنتها فكانت خارج البيت في حق الأجانب كحال ذوات المحارم داخل / ١٧٨ب / البيت معهم.

والنسائي في «الكبرى» ٣٢٧/٥ من حديث عبد الله بن سرجس. وقال: حديث منكر.

وضعه الألباني في «الإرواء» (٢٠٠٩).

(١) في (ب): (والعنق).

(٢) في (أ): (السفر).

(٣) رواه البخاري (٦٢٤٣)، ومسلم (٢٦٥٧)، ورواه أحمد ٣٤٣/٢ واللفظ له.

وحكمُ المدبرة وأم الولد (حكمُ القنّة) ^(١) لتحقّق الحاجة، ولا بأس بأنّ يمسّ ما يجوزُ النظرُ إليه منها ^(٢) للشراء وإنّ خافَ على نفسه الشهوة، كذا ذكره القدوري ^(٣) في «مختصره» وأطلقَ في «الجامع الصغير» ^(٤) أيضًا. قال صاحبُ «الهداية» ^(٥): والمشايخ رحمهم الله فصلوا فقالوا: يباحُ النظرُ في هذه الحالة وإنّ أشتهى للضرورة، ولا يباحُ المسّ إذا أشتهى أو غلبَ على رأيه أنه يشتهى؛ لأنّه نوعُ استمتاع. وفي غيرِ حالةِ الشراء يباحُ النظرُ والمسّ لكن لغيرِ شهوة ^(٦).

قال: (ولا ينظرُ من الأجنبية إلّا إلى الوجه والكفين إذا أمن، فإنّ خافَ أمتنعَ إلّا القاضي والشاهد، ولا يمسّ وإنّ أمن).

الأجنبية لا يجوزُ النظرُ إلى شيءٍ منها إلّا الوجه والكفين عند الأمن من الشهوة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال عليّ وابنُ عباسٍ رضي الله عنهما (ما ظهرَ منها: الكحلُ والخاتم، والمراد: موضعُهما وهما الوجهُ والكفّ، ولأنّ في إبداء هذين العضوين ضرورة) ^(٧) للحاجة إلى معاملة الرجال في الأخذ والإعطاء وغير ذلك.

(١) في (ب): (كالقنّة).

(٢) من (ب).

(٣) «الكتاب» ١٦٥/٤.

(٤) «الجامع الصغير» ص ٤٧٨-٤٧٩.

(٥) «الهداية» ٤٢٢/٤.

(٦) «المبسوط» ١٠/١٤٩-١٥٢، و«فتح القدير» ١٠/٣١-٣٤، و«الاختيار» ٤/٤٠٦-

٤٠٨، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٠-٢٢١.

(٧) من (ب) و(ج).

وهذا الاستثناء^(١) دليلٌ على عدم جواز النظرِ إلى القدمين، وفي روايةٍ عن أبي حنيفة^(٢) جوازه للضرورة أيضًا وإن كانت أقلَّ من الوجه والكف. وعن أبي يوسف^(٣) جوازُ النظرِ إلى الذراعِ أيضًا؛ لأنَّه قد يبدو منها عادةٌ، وإذا خاف الشهوة لم ينظرَ إلى وجهها إلَّا لحاجةٍ قال عليه السلام: «مَنْ نَظَرَ إِلَى مُحَاسِنِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ صَبَّ فِي عَيْنِهِ الْآنَكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٤)، ولو شكَّ في الاشتِهَاءِ لَا يَبَاحُ لَهُ النَّظَرُ أَيْضًا كَمَا لَوْ عَلِمَ أَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ذَلِكَ، ويدخلُ ذلك في لفظةِ الخوفِ، فإنَّ الشَّاكَّ في شيءٍ خائفٌ من وقوعِهِ بالنظرِ إلى أَحَدِ الْجَائِزِينَ، وَلَا يَمَسُّ وَجْهَهَا وَلَا كَفَيْهَا وَإِنْ أَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ الشَّهْوَةَ؛ لِقِيَامِ الْمُحَرَّمِ لِلْمَسِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عليه السلام: «مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةً لَيْسَ فِيهَا بِسَبِيلٍ وَضَعَ فِي كَفِّهِ الْجَمْرَةَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٥)، وَلَا ضَرُورَةَ وَلَا بَلَوَى بِخِلَافِ النَّظَرِ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَلَوَى، وَهَذَا فِي الشَّابَةِ الْمُشْتَهَاةِ، أَمَّا الْعَجُوزُ الَّتِي لَا تَشْتَهُ فِيْبَاحٍ مُصَافِحَتِهَا وَمَسُّ يَدَيْهَا؛ لِلأَمْنِ مِنَ الْفِتْنَةِ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رضي الله عنه كَانَ إِذَا دَخَلَ بَعْضَ الْقَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُسْتَرْضَعًا فِيهِمْ صَافِحَ الْعَجَائِزَ، وَاسْتَأْجَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزَّيْبِرِ رضي الله عنه عَجُوزًا تُمَرِّضُهُ

(١) في (ب): (الاستثناء).

(٢) «المبسوط» ١٥٣/١٠ - ١٥٤، و«الهداية» ٤١٧/٤ - ٤١٨، و«الاختيار» ٤٠٨/٤، و«اللباب» ١٦٢/٤.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢٢٥/٢ (٩٤٩): لم أجده، وهذا الوعيد ورد فيمن أستمع إلى حديث قوم وهم له كارهون.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٢٢٥/٢: لم أجده.

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأزدي، أبو بكر فارسي قريشي في زمنه، وأول مولود في المدينة بعد الهجرة، قتل في سنة ٧٣ هـ بمكة. «الأعلام» ٨٧/٤، و«تجريد أسماء الصحابة» ٣١١/١.

فكانت تغمرُ رجله وتفلي رأسه، هذا كله عند الأمن^(١)، فإن كان لا يأمن عليها أو على نفسه لا تجوز المصافحة تحرزاً عن التعرض للفتنة، ويباح النظر إلى الصغيرة التي لا تشتهي ومسها للأمن من الفتنة.

وأما القاضي والشاهد فقد استثناهما في الكتاب، أي: يجوز لهما النظر عند القضاء والشهادة عليها وإن خافا الشهوة لضرورة الحاجة إلى إحياء حقوق الناس، ولكن ينبغي أن يقصد بالنظر أداء الشهادة أو الحكم لا قضاء الشهوة تحرزاً عن القبيح بقدر الإمكان، وأما النظر في التجميل قيل: يباح وإن أشتهى كما في حالة الأداء. والأصح أنه لا يباح لوجود غيره في التجميل ممن لا يشتهي بخلاف حالة الأداء؛ للحاجة إلى إقامة الحق^{(٢)(٣)}.

قال: (وينظر العبدُ من سيده ما ينظرُ الأجنبيُّ).

وعن مالك^(٤) ﷺ أنه كالمحرم، وهو أحدُ قولي الشافعي^(٥)؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] ولضرورة الدخول من غير إذن. ولنا^(٦): أنه فحل^(٧) غير محرم ولا زوج والشهوة موجودة لإمكان

(١) أثر أبي بكر وعبد الله بن الزبير، قال الحافظ في «الدراية» ٢/٢٢٥: لم أجده.

(٢) «المبسوط» ١٠/١٥٤-١٥٥، و«فتح القدير» ١٠/٢٤-٢٦، و«البحر الرائق» ١٨/٢١٨، و«درر الحكام» ١/٣١٤، و«اللباب» ٤/١٦٢.

(٣) في (ب): (الحد).

(٤) «المعونه» ٣/١٧٢٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/٥٤٩.

(٥) «المبسوط» ١٠/١٥٧-١٥٨، و«فتح القدير» ١٠/٣٧-٣٨، و«الاختيار» ٤/٤٠٩، و«درر الحكام» ١/٣١٤.

(٦) السابق.

(٧) في (ب): (محل).

التزوج بها في الجملة، والحاجة ليست بطائلة^(١) لأن أكثر عمله خارج البيت، والمراد بالنص الإمام، قال سعيد بن جبير^(٢) والحسن وغيرهما رحمهم الله: لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإنث دون الذكور.

قال: (والخصي من الأجنبية ما ينظر الفحل).

لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثله^(٣). لا يبح ما كان حراماً قبله، ولأنه فحل مجامع وكذا المجبوب لأنه ينزل بالسحق وكذا المخنث في الأفعال؛ لكونه فحلاً فاسقاً، والطفل الصغير مستثنى بالنص^(٤).

قال: (ولا بأس بالنظر إلى من يريد نكاحها وإن علم الشهوة).

لقوله عليه السلام: «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٥)، ولأن المقصود من النظر إقامة هذه^(٦) السنة لإقضاء الشهوة فجاز النظر وإن علم أنه يشتهيها^(٧).

(١) في (ب) و(ج): (بطالة).

(٢) «الهداية» ٤/٤٢٢، و«المبسوط» ١٠/١٥٧، و«اللباب» ٤/١٦٦.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/٢٣٠: لم أجده عنها، ثم عزاه لعبد الرزاق عن شهر بن حوشب.

(٤) «المبسوط» ١٠/١٥٨، و«الهداية» ٤/٤٢٢، و«الاختيار» ٤/٤٠٩، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٢، و«اللباب» ٤/١٦٥.

(٥) رواه الترمذي (١٠٨٧)، والنسائي ٦/٦٩، وابن ماجه (١٨٦٦)، وأحمد ٤/٢٤٤-٢٤٥ من حديث المغيرة. وله شواهد أنظرها في: «نصب الراية» ٤/٢٤٠.

(٦) ساقط عن (ب).

(٧) «المبسوط» ١٠/١٦٠، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٣٧٢، و«الهداية» ٤/٤١٩، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٢، و«اللباب» ٤/١٦٥.

قال: (ولا بأس بالمصافحة وتقبيل يد العالم والسلطان العادل ويبيع للرجل عنق الرجل وتقبيله).

أما المصافحة فقد وردت السنة بها، قال ﷺ: «إذا التقى المؤمنان فتصافحا تناثرت ذنوبهما كما يتناثر الورق اليابس من الشجر، ونزلت عليهما مائة رحمة تسعة وتسعون لأشبهما وجهًا لصاحبه»^(١)، وأما تقبيل يد العالم والسلطان العادل ففيه تعظيم لهما؛ لاشتمالهما على العلم والعدل، وقد روي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله ﷺ، وقال أبو يوسف^(٢) رضي الله عنه: لا يكره للرجل أن يعانق الرجل أو يقبل فمه أو يده أو رجله أو شيئًا منه^(٣)، لما روينا، ولأنه ﷺ عانق جعفرًا^(٤) عند قدومه من الحبشة وقبل بين عينيه^(٥).

(١) رواه الطبراني في «الأوسط» ٨٤/١ (٢٤٥)، والبيهقي في «الشعب» ٤٧٣/٦-٤٧٤ (٨٩٥٣) من حديث حذيفة، وليس فيه قوله: «ونزلت عليهما مائة رحمة..»، ورواه البيهقي في «الشعب» ٤٧٥-٤٧٦/٦ (٨٩٦١) من حديث عمر بن الخطاب بلفظ: «نزلت عليهما مائة رحمة للبادئ منهما تسعون وللمصافح عشرة».

(٢) روى أبو داود (٥٢٢٥)، والبخاري في «الأدب المفرد» (٩٧٥)، وضعفه الألباني من حديث زارع العبدي قال: فجعلنا نتبادر من رواحلنا فنقبل يد النبي ﷺ ورجله.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٨-٤٣٩، و«الهداية» ٤/٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار» ٤/٤٠٩-٤١٠، و«البحر الرائق» ٨/٢٢١.

(٤) في (ج): (منها).

(٥) جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب، أبو عبد الله وابن عم رسول الله ﷺ السيد الشهيد الكبير الشأن، هاجر إلى الحبشة، ثم قدم منها يوم فتح خيبر، وولاه رسول الله ﷺ قيادة جيش مؤتة بعد زيد، واستشهد فيها سنة ٨ هـ.

انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/٢٠٦، و«تهذيب التهذيب» ١/٣٠٨.

(٦) رواه أبو يعلى في «المسند» ٣/٣٩٨ (١٨٧٦)، والحاكم ٣/٢١١ من حديث جابر، وله شواهد أنظرها في «نصب الراية» ٤/٢٥٤، و«السلسلة الصحيحة» (٢٦٥٧).

وقال أبو حنيفة ولمحمد رحمهما الله: يكره ذلك؛ لموضع النهي، فقد روي أنه ﷺ نهى عن المكامعة^(١)، والمكامة: المعانقة مأخوذة من الكمع والكميع والضجيع. والمكامة: التقبيل مأخوذ من كعام البعير وهو ما يشد به فمه عند هيجه^(٢) ومنه كعم المرأة / ١١٧٩/ وكاعمها إذا التقم فاهها في التقبيل، وهذا الخلاف فيما إذا اعتنق الرجلان عاريين عما عدا الإزار، أما إذا كان على كل منهما قميص فلا كراهية بالإجماع، وهذا صحيح، وقالوا: إن الكراهية أيضًا فيما إذا كان التقبيل عن شهوة وأما إذا كان على وجه المبررة فلا بأس^(٣).

قال: (ويحل للنساء لبس الحرير).

يحرم على الرجال لبس الحرير ويحل للنساء لأنه ﷺ نهى عن لبس الحرير والديباج^(٤)، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»^(٥)، وإنما حل لبسه لهن؛ لما رواه جمع من الصحابة رضي الله عنهم أنه ﷺ خرج وفي إحدى يديه حرير وفي الأخرى ذهب، وقال: «هذان حرامان على ذكور أمتي حلّان على إناثهم»^(٦)، ويروى: «حلّ لإناثهم» ويستثنى من ذلك القليل فإنه عفو كمقدار ثلاث أصابع أو أربع كالأعلام والمكفوف بالحرير؛ لما روي أنه ﷺ نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين

(١) رواه ابن أبي شيبة ٤٣/٤ (١٧٥٩١)، وانظر «الراية» ٤٢٦/٤.

(٢) في (ب): (نتجه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٨-٤٣٩، و«الهداية» ٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار»

٤٠٩-٤١٠، و«البحر الرائق» ٨/٢٢١.

(٤) رواه البخاري (٥٤٢٦)، ومسلم (٢٠٦٧) من حديث حذيفة.

(٥) رواه البخاري (٥٨٣٥)، ومسلم (٢٠٦٩) من حديث عمر بن الخطاب.

(٦) رواه أبو داود (٤٠٥٧)، والنسائي ٨/١٦٠، وابن ماجه (٣٥٩٥)، وأحمد ١/١١٥.

أو ثلاث أصابع أو أربع (أصابع)^(١) أراد الأعلام^(٢).

وعنه عليه السلام أنه كان يلبسُ جبَّةً مكفوفةً^(٣) بالحرير.

قال: (وتوسده وافتراشه مباح).

توسدُ الحريرِ وافتراشُهُ والنومُ عليه مباحٌ عند أبي حنيفة^(٤) عليه السلام.

وقال^(٤): يكره.

وذكر في «الجامع الصغير»^(٥) الخلاف بين أبي حنيفة^(٦) ومحمد^(٦) رحمهما الله: من غير قول لأبي يوسف^(٦).

لهما: إطلاق ما رويناه: «هذان محرمان على ذكور أمتي»^(٧)، وصار كالإلتحاف، وله قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، والمراد بالحديث حرمةُ استعمالِ الذهبِ ولبسِ الحريرِ دونَ عينهما بالإجماع، والافتراشُ: لبسُ يلبسُ وكذا التوسدُ بخلافِ الألتحافِ لكونه لبسًا من كل وجه.

(١) من (ب).

(٢) رواه البخاري (٥٨٢٨)، ومسلم (٢٠٦٩).

(٣) رواه مسلم (٢٠٦٩)، وأبو داود (٤٠٥٤) من حديث أسماء.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٦، و«اللباب» ٤/١٥٧، و«البحر الرائق» ٨/٢١٥-٢١٦، و«الهداية» ٤/٤١٥.

(٥) «الجامع الصغير» ص ٤٧٦-٤٧٧.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٦، و«الهداية» ٤/٤١٥، و«البحر الرائق» ٨/٢١٥-٢١٦، و«اللباب» ٤/١٥٧.

(٧) سبق تخريجه.

قال: (ولبسه في الحرب مكروه).

وقالا^(١): لا بأس به فيه؛ لما روى الشعبي^(٢) رضي الله عنه أنه رضي الله عنه رخص في لبس الحرير والديباغ في الحرب^(٣)؛ ولأن في لبسه ضرورة فإن الخالص منه أذفع لمضرة السلاح وأرعب في قلوب أعداء الدين. وله إطلاق ما رويناه، والضرورة تندفع بالمخلوط منه وهو ما لحمته حرير وسداه غير ذلك، والمحظور لا يباح إلا لضرورة^(٤).

قال: (ولا بأس بما سداه إبريسم ولحمته قطن أو خز).

وهذا مطلق في الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم لبسوا الخز والخز مسدئ بالحرير، والثوب يصير ثوباً بالنسج والنسيج باللحمة فكانت هي المعبرة دون السدي، وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب للضرورة، ويكره في غير الحرب لعدم الضرورة واعتبار اللحمة على ما قلنا^(٥).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٨، و«الهداية» ٤/١٦، و«الاختيار» ٤/٤١١-٤١٢، و«البحر الرائق» ٨/٢١٦، و«اللباب» ٤/١٥٨.

(٢) «الهداية» ٤/٤١٦-٤١٧، و«الاختيار» ٤/٤١٢.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/٢٢١: لم أجد من طريقه ورواه ابن عدي في «الكامل» ٦/٤٤٠ عن الحكم بن عمير، ورواه ابن سعد في «الطبقات» ٣/١٣٠ عن الحسن قال: كان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٧، و«الهداية» ٤/٤١٦، و«البحر الرائق» ٨/٢١٥-٢١٦، و«اللباب» ٤/١٥٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٧، و«فتح القدير» ١٠/٢٠، و«البحر الرائق» ٨/٢١٦، و«اللباب» ٤/١٥٨.

قال: (ويحل لهن التحلي بالذهب والفضة ويحرم على الرجال إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة).

أما الأول فلقوله ﷺ: « هذان حرامان على ذكور أمتي وحلٌ لئنائهم »^(١) مشيراً إلى الإبريسم والذهب، ولا يجوز للرجال التحلي بالفضة؛ لأنه في معنى الذهب وإنما أستثنى هذه الأشياء؛ لما روي عن أبي يوسف^(٢) رحمه الله أنه قال: وردت في حل ذلك آثارٌ أقتضت الرخصة فيها خاصة. وفي «الجامع الصغير»^(٣): ولا يتختم إلا بالفضة. وفيه دليلٌ على أن التختم بالحجر والحديد والصفير حرامٌ.

وروي أنه ﷺ رأى على رجل خاتم صفر، فقال: « ما لي أجد منك رائحة الأصنام » ورأى على آخر خاتم حديد قال: « مالي أرى عليك حلية أهل النار »^(٤).

ومنهم من أطلق حجرَ يشب؛ لأنه متميزٌ عن الحجارة بالخفة، لكن إطلاقَ جوابِ الكتاب يدلُّ على تحريمه، ويجعل الرجل الفص إلى باطن كفه، والمرأة إلى ظاهر كفها؛ لأنه زينة في حقها، والرجل إنما يتختم إذا كان له حاجةٌ إلى الختم كالقاضي والسلطان، فأما من لا حاجة له إلى الختم فالأفضل له تركه^(٥).

(١) سبق تخريجه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٣٦٨، و«اللباب» ٤/١٥٨، و«الهداية» ٤/٤١٦-٤١٧.

(٣) «الجامع الصغير» ص ٤٧٧.

(٤) رواه أبو داود (٤٢٢٣)، والترمذي (١٧٨٥)، والنسائي ٨/١٧٢، وأحمد ٥/٣٥٩.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«الهداية» ٤/٤١٧، و«الاختيار» ٤/٤١٣، و«اللباب» ٤/١٥٨.

قال: (وشدُّ السن بالذهب لا يجوز وأجازاه كالفضة).

شدُّ الأسنان بالفضة جائزٌ أتفاًقاً وبالذهب لا يجوز عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله. وقالوا^(٢): يجوز لأن عرفة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأتتن، فأمر رسول الله ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب ففعل فلم يتن^(٣)، وله أن الأصل عدم الجواز، وإنما يرخص لدفع الحاجة، فإن أندفعت بالأدنى وهو الفضة لا يباح الأعلى وهو الذهب، وما رواه من حديث عرفة لم تندفع الحاجة فيه بالأدنى فأباح له ﷺ الأعلى؛ لدفع حاجته، وبه يقول.

قال: (ويكره أن يلبس الصبي الحرير والذهب).

لأنَّ التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرَمَ اللبس وحرَمَ الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها؛ ولأنَّ الصبيَّ يجب أن يعودَ ما يجوز في الشرع ويباح دون ما لا يجوز؛ ليألف ذلك ويعتاده، ألا ترى أنهم يمنعون عن شرب الخمر ويؤخذون بالصوم والصلاة ليألفوا ذلك، فكذلك يجتنبون لبس الحرير والذهب ليألفوا تركه^(٣).

قال: (ويحرم استعمال الآنية منهُما للرجال والنساء).

لا يجوز الأكل والشرب / ١٧٩ب/ والإدهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء جميعاً؛ لأنه ﷺ نهى عن الشرب في آنية الذهب

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«فتاوى قاضيخان» ٦/ ٣٦٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٦-٤١٧، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

(٢) رواه أبو داود (٤٢٣٣)، والترمذي (١٧٧٠) والنسائي ٨/ ١٦٣، وأحمد ٤/ ٣٤٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«الهداية» ٤/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٤١٣، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

والفضة وقال: «من شرب في آنية الذهب والفضة وإنما يجرجر في بطنه نار جهنم»^(١)، وإنما عمّ النوعين لعموم النهي، وقالوا: إنه يكره الانتفاع بهما في كل ما يعود إلى البدن كالطيب والادّهان، ولا يجوز أن يكتحل من مكحلة ذهب أو فضة، أو بميل من ذهب أو فضة وكذلك المرأة؛ لأنّ جميع ذلك منفعة تعود إلى البدن فصار كالأكل والشرب^(٢).

قال: (ولا بأس بالعقيق والبلور والزجاج).

لأنّ هذه الأشياء ليست من جنس الأثمان فلم يكره استعمالها ولا يقع بها التفاخر فلم تكن في معنى الذهب والفضة^(٣).

قال: (والشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض جائز إذا اتقى موضعها ويكرهه، ووافقهما في روايتين).

قال أبو حنيفة^(٤) رحمه الله: يحوز الشرب في الإناء المفضض والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض إذا كان يتقي^(٥) موضع الفضة، قيل: معناه موضع الفم.

-
- (١) رواه البخاري (٥٦٣٤) ومسلم (٢٠٦٥) من حديث أم سلمة.
 (٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٦-٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٤١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٠-٢١١، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.
 (٣) «فتح القدير» ٧١٦/ ١٠، و«الاختيار» ٤/ ٤١٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١١، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.
 (٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٧، و«الهداية» ٣/ ٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١١-٢١٢، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.
 (٥) في (ب): (الشيء).

وقيل معناه^(١): موضع اليد عند الأخذ، وكذلك إذا أتقى من السرج والكرسي موضع الجلوس عليه.

وقال أبو يوسف^(٢) رحمه الله: يكره ذلك.

وعن محمد^(٢) رحمه الله روايتان: رواية كذهب الإمام والأخرى كذهب أبي يوسف (وعلى هذا الخلاف)^(٣) الإناء المضبب والكرسي المضبب بالذهب والفضة، وكذا الاختلاف في اللجام والركاب إذا كانا مفضضين، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة، وهذا الاختلاف إنما هو فيما يتخلص، أما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس بالإجماع^(٢).

لهما^(٢): أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل له كله فيكره، كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة.

وله: أن ذلك تابع ولا معتبر بالتواضع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحريز والعلم (من الذهب)^(٤) والمسمار من الذهب في الفص، ومذهب أبي يوسف^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله ونسبة الروايتين من الزوائد.

قال: (ويقبل في الهدية والإذن قولُ صبيٍّ وعبدٍ وأمةٍ، وفي المعاملات قولُ الفاسق، وفي الديانات قولُ العدل حراً كان أو عبداً).

يقبلُ في الهدية والإذن قولُ العبدِ والجاريةِ والصبيِّ استحساناً،

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٧، و«اللباب» ١٥٩/٤، و«الهداية» ٤/٣ «البحر الرائق» ٢١١-٢١٢/٨.

(٣) في (ج): (وقيل هذا بخلاف).

(٤) في (ب): (في الثوب).

والقياسُ أن لا يقبلُ وإنما تُركَ القياسُ للعادة؛ لقبولِ أقولهم في الإذنِ والهدية في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نكير؛ ولأنَّه لو أُعْتَبِرَ في جوازِ ذلك خبرُ الحرِّ الباغِ يشقُّ على الناسِ فيجوزُ دفعًا للحرجِ، والأمةُ من الزوائد.

وقالوا: يجبُ أن يعملَ في ذلك على غلبةِ الظن من السامع ومن صفاتِ المخبرِ، فإذا رأى العبدُ يبيعُ شيئًا لم يشتره حتى يسألهُ، فإذا ذكرَ أن المولى أذنَ له في ذلك وكان العبدُ ثقةً أشتراه، وكذلك إن قال: هذا أهداؤه إليك مولاي. وإن كان أكبرَ رأيه أنه كاذبٌ أو لم يكنْ له رأيٌ لم يعرضْ بشيءٍ منه؛ لأنَّ الأصلَ أنه محجورٌ عليه^(١)، والإذنُ طارئٌ فلا يجوزُ إثباته بالشك، وإنما قُبِلَ^(٢) قولُ العبدِ الثقةِ في الإذنِ؛ لأنَّه من أخبارِ المعاملاتِ وهو أضعفُ من أخبارِ الدياناتِ، فإذا قُبِلَ قوله في أخبارِ الدينِ ففي أخبارِ المعاملاتِ أولى. وقالوا في رجلٍ في يده شيءٌ أخبرَ أنه لغيره وأنه وكلَّه في بيعه أو وهبهُ منه أو أشتراه منه وهو مسلمٌ ثقةٌ: صدَّقَ إذا غلبَ على الظن صدقُه فإن غلبَ على الظن كذبُه لم يصدق.

وهذا إذا لم يعلمِ الملكُ لغيرِ البائعِ إلَّا من جهتهِ اعتبارًا لعادةِ الناسِ في القبولِ من الوكلاءِ والدلالينَ، ولو باعَ شيئًا ولم يخبرهُ أنه لغيره فلا بأسَ أن يشتري منه، ويقبلُ قوله أنه له وإن لم يكنْ ثقةً إلَّا أن يكون مثلهُ لا يملكُ مثلَ تلكَ السلعةِ، فالأحِبُّ أن يتنزَّه منه، وجوازُ الشراءِ بناءً على اليدِ والتصرفِ الدالينِ على الملكِ واعتبارًا للعادةِ المستمرةِ في الشراءِ من الثقاتِ وغيرِ الثقاتِ من غيرِ نكيرٍ. فأما الفقيرُ يبيعُ جوهرًا مضمَّنًا، فالأولى التنزُّه منه

(١) من (ب).

(٢) في (ب) و(ج): (قيد).

أعتباراً لظاهر الحال في أنَّ مثله لا يملك مثلها، ولم يخبر عن وكالة من جهة غيره فيرجع إلى قوله، فالتنزه أحب. ويقبل في المعاملات قولُ الفاسق؛ إذ في اعتبار العدالة حرجٌ عظيمٌ فينتفي دفعاً للحرج.

وفي أخبار الديانات لا يقبل إلا قول العدل؛ لأنَّه خبرٌ يتعلق بالدين فلا يقبل فيه قول غير العدل كأخبار الرسول ﷺ، وهذا كما إذا أخبره مسلم ثقةً بنجاسة الماء لم يجز له أن يتوضأ به، وإن كان المخبر غير ثقةً وغلب على الظن صدقه فالأولى التنزه عنه، وإن توضأ جاز، وكذلك إذا تزوج امرأة فأخبره ثقةً أنَّ بينهما رضاعاً فالأولى له مفارقتها؛ لأنَّ الرضاع لا يثبت بشهادة الواحد ولكن (يلزم به)^(١) التنزه، والفرق بين المعاملات والديانات أنَّ المعاملات يكثر وجودها، وفي زيادة الاشتراط حرجٌ قبل قول الواحد حرّاً كان أو عبداً، كافراً كان أو مسلماً، عدلاً كان أو فاسقاً، ذكراً كان أو أنثى. وأمّا الديانات فلا يكثر وجودها ولا يتكرر وقوعها حسب^(٢) تكرّر المعاملات ووقوعها فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط / ١١٨٠ / فلم يقبل إلا قول المسلم العدل؛ لأنَّ الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم، فلم يكن له إلزام المسلم به، بخلاف المعاملات، فإنَّ الكافر لا يمكنه المقام في دارنا إلا بالمعاملة، ولا تنهياً له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها، فكان في ذلك ضرورة، ويقبل في (الديانات)^(٣) قول الحر والعبد والأمة إذا كانوا عدولاً؛ لترجح الصدق عند العدالة والقبول لرجحان الصدق.

(١) في (ب): (لا يلزمه).

(٢) في (ج): (حيث).

(٣) في (ب) و(ج): (الهدايا).

وقوله: (حرًا كان أو عبدًا) من الزوائد^(١).

قال: (ويعزل عن أمته بغير إذنها ويستأذن الزوجة).

لأنه ﷺ نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها^(٢)، وقال لمولى أمة: «أعزل إن شئت»^(٣)؛ ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلًا للولد؛ ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للأمة في الوطء^(٤).

قال: (ويكره استخدام الخصيان).

لأن استخدامهم يحث الناس على هذا الصنع وإنه حرام ومثله^(٥).

قال: (ولا بأس بإخصاء البهائم وإنزاع الحمر على الخيل).

لأن في إخصاء البهيمة منفعة لها وللناس فيجوز، وروي أنه ﷺ ركب البغلة^(٦)، فلولا جواز الإنزاع لما فعله كيلا يفتح هذا الباب^(٧).

قال: (ونحرم الشطرنج مطلقًا).

أي: قامر بها أو لم يقامر، أمّا إذا قامر به فالميسر حرام بالنص وتسقط عدالته، والميسر: أسم لكل قمار. وإن لم يقامر فهو عبث ولهو، وقد قال

(١) «المبسوط» ١٠/١٦٢-١٦٣، و«فتاوى قاضى خان» ٦/٣٧٤، و«الهداية» ٤/٤١٤،

و«الاختيار» ٤/٤١٧-٤١٨، و«البحر الرائق» ٨/٢١٢-٢١٣، و«اللباب» ٤/١٦١.

(٢) رواه ابن ماجه (١٩٢٨)، وأحمد ١/٣١. (٣) رواه مسلم (١٤٣٩).

(٤) «الهداية» ٤/٤٢٢، و«الاختيار» ٤/٤١٨، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٢، و«اللباب»

٤/١٦٦.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٤٤٣، و«فتاوى قاضى خان» ٦/٣٧١، و«الاختيار» ٤/٤١٨،

و«اللباب» ٤/١٦١.

(٦) رواه مسلم (٢٤٢٣).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٤٤٣، و«فتاوى قاضى خان» ٦/٣٧١، و«الهداية» ٤/٤٣١،

و«اللباب» ٤/١٦١.

ﷺ: «لَهُوَ الْمُؤْمِنُ بَاطِلٌ إِلَّا ثَلَاثٌ تَأْذِيبُهُ فَرَسُهُ وَمَنَاضِلَتُهُ»^(١) عَنْ قَوْسِهِ وَمَلَاعِبَتُهُ أَهْلُهُ»^(٢) لَكِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَدَالَتُهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ^(٣) ﷺ: يَبَاحُ اللَّعِبُ بِالْشَطْرَنِجِ لِتَشْحِيزِ الْخَاطِرِ وَتَزْكِيَةِ الْفَهْمِ، فَيَجُوزُ لِهَذَا الْقَصْدِ دُونَ الْقِمَارِ.

وَلَنَا^(٤): أَنَّهُ نَوْعٌ لِعِبٍ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الْجَمْعِ وَالْجَمَاعَاتِ وَالطَّاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا مُطْلَقًا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَا أَلْهَاكَ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ»^(٥).

قَالَ: (وَيَكْرَهُ تَعْسِيرُ الْمَصْحَفِ وَنَقْطُهُ).

لِقَوْلِ (ابْنِ مَسْعُودٍ) ﷺ^{(٦)(٧)}: جَرَدُوا الْقُرْآنَ^(٨). وَفِي لَفْظٍ: جَرَدُوا الْمَصَاحِفَ. وَفِي التَّعْسِيرِ وَالنَّقْطِ تَرْكُ التَّجْرِيدِ. قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»^(٩): فِي زَمَانِنَا لَا بَدَّ لِلْعَجْمِ مِنْ دَلَالَةِ فَتْرِكَ ذَلِكَ

(١) مناضلته: أنتضل القوم وتناضلوا: أي رموا للسبق، وناضله إذا رماه.

«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٧٢/٥ مادة نضل.

(٢) رواه أبو داود (٢٥١٣)، والنسائي ٢٢٢-٢٢٣، وأحمد ١٤٦/٤ من حديث عقبة بن عامر بنحوه، وله شواهد أخرى أنظرها في «نصب الراية» ٢٧٣/٤.

(٣) «الوجيز» ٢/٢٤٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٤٣٤-٤٣٥، و«الهداية» ٤/٤٣٢، و«الاختيار» ٤/٤١٨-٤١٩، و«البحر الرائق» ٨/٢٣٥-٢٣٦.

(٥) قال الحافظ في «الدرية» ٢/٢٤٠: لم أره مرفوعًا، وإنما أخرج أحمد في «الزهد» عن القاسم بن محمد قال: ... فذكره نحوه.

(٦) في (ب): (ابن عباس).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«اللباب» ٤/١٦٠.

(٨) رواه ابن أبي شيبة ٢/٢٤١ (٨٥٤٩).

(٩) «الهداية» ٤/٤٣١.

إخلالٌ بالحفظ وهجرانُ القرآنِ في حقهم فيكونُ ذلك حسنًا. وقال أبو الحسنِ الكرخي رحمته الله: ولا يكره ما يكتبُ من تراجمٍ لسورٍ حسب ما جرث به العادة؛ لأنَّ في ذلك إبانةً عن معنى السورة، وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل^(١).

قال: (ولا بأسَ بتحليلته ونقشِ المسجدِ وتزيينه).

لأنَّ في تحليلِ المصحفِ تعظيمًا له، ولأنَّ عثمانَ رضي الله عنه فعلَ ذلك بمسجدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكارٍ أحدٍ من الصحابة^(٢).

قال: (ويكرهُ بيعُ السلاحِ أيامَ الفتنة).

معناه ممن يعرفُ أنَّه من أهلها؛ لأنَّ ذلك تسيبٌ إلى المعصية، وإن كان لا يعرفُ أنَّه من أهلِ الفتنة فلا بأسَ به؛ لاحتمالِ أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكرهُ بالشك^(٣).

قال: (وبعيرُ بيعِ أراضي مكة كبنائها^(٤) وكرهاه، والجوازُ رواية).

بيعُ أراضي مكة مكروهٌ عند أبي حنيفة^(٥) ومحمد^(٥) رحمهما الله وروي

(١) «الجامع الصغير» ٥٣٤، و«مختصر الطحاوي» ص ٤٣٥ «الهداية» ٤/٤٣٠-٤٣١، و«الاختيار» ٤/٤٢٢، و«درر الحكام» ١/٣١٨-٣١٩، و«البحر الرائق» ٨/٢٣١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١-٤٣٢، و«المبسوط» ٣/٢٨٣، و«الهداية» ٤/٤٣١، و«الاختيار» ٤/٤٢٢، و«اللباب» ٤/١٦٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٤٢، و«الهداية» ٤/٤٢٩، و«اللباب» ٤/١٦٧.

(٤) في (ب) و(ج): (كبنائها).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٩-٤٤٠، و«الهداية» ٤/٤٣٠، و«الاختيار» ٤/٤١٧، و«البحر الرائق» ٨/٢٣١.

عن أبي حنيفة^(١) رحمه الله: أنه^(٢) لا يكره.
وقول أبي حنيفة^(١) لا يكره، وهو قول أبي يوسف رحمه الله.
وفي «الجامع الصغير»^(٣): لا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أراضيها.
وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: لا يكره.
وروى الحسن عن أبي حنيفة^(٣) رحمه الله: أنه لا يكره. وجه الكراهة أنه رحمه الله
قال: «ألا أن مكة حرام لا يباع رباؤها»^(٤) ولا يورث^(٥) وظاهر النص
تحريم البيع حقيقة إلا أن هذا الدليل تخلف عنه الحكم؛ لكون أربابها
ملاكها، والملك يقتضي الإطلاق فيثبت شبهة المدلول، وشبهة الحرمة
هي الكراهة، ووجه الجواز من دون الكراهة أن في إثبات الكراهية
حجراً على الملاك، والدليل يأبى الحجر على العاقل الكامل الرأي.

قال: (ويجوز بيع العصير ممن يتخذ خمراً).

لأن المطلق لجواز البيع - وهو الملك - قائم والمعارض منتف فوجب
القول بالجواز، وما يتبع ذلك من المعصية فليس متعلقاً بعين العصير بل يعد
بغيره؛ وبهذا فارق بيع السلاح أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعين
المبيع^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣٩-٤٤٠، و«الهداية» ٤/٤٣٠، و«الاختيار» ٤/٤١٧،
و«البحر الرائق» ٨/٢٣١.

(٢) من (ج). (٣) «الجامع الصغير» ٥٣٤.

(٤) رباؤها: منازلها. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/١٨٩.

(٥) رواه بنحوه الدارقطني ٣/٥٧، والحاكم ٢/٥٣ من حديث ابن عمر.
وانظر «نصب الراية» ٤/٢٦٥.

(٦) «الهداية» ٤/٤٢٩، و«البحر الرائق» ٨/٢٣٠، و«درر الحكام» ١/٣٢٠، و«اللباب»
٤/١٦٧.

قال: (وإذا باع مسلمٌ خمرًا وقبضَ الثمنَ وعليه دينٌ كره لرب الدين أخذه منه وإن كان ذميًّا جازًا).

المسألتان من الزوائد، والفرق بينهما أنَّ البيعَ في المسألة الأولى باطلٌ؛ لأنَّ الخمرَ ليس بمالٍ متقومٍ في حق المسلمِ فبقي الثمنُ على ملكِ المشتري فلم يحل له أخذه من البائع. وفي الوجه الثاني البيعُ صحيحٌ؛ لأنها مالٌ متقومٌ في حق الذميِّ فيملكه البائعُ فحلَّ الأخذُ منه^(١).

قال: (ونحيزُ بيعَ الروثِ).

لا بأسَ عندنا^(٢) ببيعِ السرقيين^(٣) أي: الأرواثِ ويكرهُ بيعُ العذرة^(٤). وقال الشافعي^(٥) رحمته الله: لا يجوزُ بيعُ السرقيين أيضًا؛ لأنَّه نجسُ العينِ فشابهَ العذرةَ وجلدَ الميتة قبلَ الدبغ. ولنا أنَّه منتفعٌ بها؛ (لأنَّها تلقى في الأراضي لاستكثارِ الربيع فكانَ مالًا والمالُ محلُّ البيعِ بخلاف العذرة؛ لأنَّه / ١٨٠ب/ ينتفعُ بها)^(٦) إذا كانت مخلوطةً بترابٍ غالبٍ عليها، وبيعُها مخلوطةً يجوزُ عندنا في الأصح.

(١) «الهداية» ٤/٤٢٧-٤٢٨، و«فتح القدير» ١٠/٥٧، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٩.

(٢) «الهداية» ٤/٤٢٦، و«الاختيار» ٤/٤١٦، و«درر الحكام» ١/٣١٨، و«البحر الرائق» ٨/٢٢٦.

(٣) سرقين الأرض: سمدها بالسرقين. «المعجم الوسيط» ١/٤٢٨.

(٤) العذرة: وزان كلمة الخراء، ولا يعرف تخفيفها وتطلق على فناء الدار لأنهم كانوا يلقون الخراء فيه. «المصباح المنير» ٢٣٨ مادة عذر.

(٥) «المهذب» ١/٢٦٨، و«الوجيز» ١/١٣٣، و«روضة الطالبين» ٣/١٦، و«الغاية القصوى» ١/٤٦٠، و«مغني المحتاج» ٢/١١.

(٦) ساقط من (ب).

قال: (ويكره الاحتكارُ في أقواتِ بني آدمَ والبهائمِ في بلدٍ يضرُّ به).

إذا كان الاحتكارُ في بلدٍ يضرُّ به ذلك كما إذا كانت صغيرةً، وإن لم يضره فلا بأس. والأصلُ فيه قوله ﷺ: « الجالبُ مرزوقٌ والمحتكرُ ملعونٌ »^(١) ولأنَّه تعلقَ بذلك حقُّ العامة، وفي الامتناعِ عن البيعِ إبطالُ حقهم وتضيُّقُ الأمرِ عليهم، وإذا كانَ المصْرُ كبيراً لا يكره؛ لأنَّه حابسٌ بخاصٍ ملكه من غيرِ إضرارٍ بغيره، وكذلك تلقى الجلب على هذا التفصيل، وتخصيصُ أقواتِ بني آدمَ والبهائمِ كالحنطةِ والشعيرِ والتبنِ^(٢) والقت^(٣) قولُ أبي حنيفة^(٤) ﷺ. وقال أبو يوسف: كلُّ ما أضرَّ بالعامةِ حبسه فهو احتكارٌ ذهباً كان أو فضةً أو ثوباً.

وعن محمدٍ ﷺ أنه قال: لا احتكارَ في الثيابِ فأبوا يوسف ﷺ مالَ إلى اعتبارِ حقيقةِ الضررِ بالحبسِ فإنَّه هو المؤثرُ في الكراهةِ، وأبو حنيفةَ ﷺ مالَ إلى اعتبارِ الضررِ المقصودِ المتعارفِ، ثم الاحتكارُ إنما يكون إذا طالت المدة؛ لأن الضررَ لازمٌ في طويلِ المدةِ دونَ قصيرِها وقدرِها بأربعينَ يوماً؛ لقوله ﷺ: « من احتكرَ طعاماً أربعينَ ليلةً فقد برئ من الله وبرئ الله منه »^(٥)، وقيل: بالشهر؛ لأنَّ ما دونَ الشهرِ قليلٌ عاجلٌ، والشهرُ وما فوقه كثيرٌ آجلٌ. وقيل: ضربُ المدةِ للمعاقبةِ في الدنيا أمَّا الإثمُ فحاصلٌ وإن قصرتِ المدةُ.

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣). قال ابن حجر في «الفتح»: إسناده ضعيف.

(٢) من (ب). (٣) في (ب): (القتب).

(٤) «الهداية» ٤/٤٢٦، و«الاختيار» ٤/٤١٤-٤١٥، و«درر الحكام» ١/٢٢١-٢٢٢.

(٥) رواه أحمد ٣٣/٢.

قال: (ومن أحتكر غلة ضيعته جاز).

لأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة؛ لأن له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع^(١).

قال: (والمجلوب من بلد آخر لا أحتكار فيه).

إذا جلب غلة من بلد آخر لم يكن محتكراً عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله؛ لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب (في المصر)^(٢) إلى فوائه. وقال أبو يوسف^(١) رحمته الله: يكره لإطلاق حديث المحتكر.

وقال محمد^(١) رحمته الله: ما يجلب إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه؛ لتعلق حق العامة به، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً ولم تجر عادة بالحمل منه إلى المصر؛ لعدم تعلق حق العامة به.

قال: (ويكره التسعير).

لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس؛ لقوله ﷺ: «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق»^(٣)، ولأن الثمن حق العاقد فكان تقديره إليه، فلا ينبغي التعرض لحقه إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن رفع الأمر إليه فيه ثانياً حبسه وعززه على مقتضى رأيه زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي

(١) «الهداية» ٤/٤٢٨-٤٢٩، و«الاختيار» ٤/٤١٥، و«درر الحكام» ١/٣٢٢.

(٢) من (ج).

(٣) رواه أبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠)، وأحمد ٣/٢٨٦.

عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعين سَعَرٌ حينئذٍ بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، وإذا تعدى أحدٌ بعدما فعل ذلك أجازَهُ القاضي، وهذا على قول أبي حنيفة^(١) رحمته الله ظاهرٌ؛ حيث لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما / ١٨١/، إلا أن يكون الحجر على قوم معينين^(٢)، ومن باع منهم بما قدره الإمام صحَّ؛ لأنَّه غيرُ مُكرهٍ عليه، وهل يبيعُ القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل: هو على الاختلاف المعروف في مال المديون. وقيل: يبيعُ هاهنا بالاتفاق؛ لأنَّ أبا حنيفة^(٣) رحمته الله يرى الحجر (لدفن الضرر)^(٤) العام.

قال: (وأجازوا للذمي دخول المسجد ويجيزُهُ في الحرم).

قال مالك^(٥) رحمته الله: لا يجوزُ لذي كفرٍ دخولُ مسجدٍ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٣]، فيزعه المسجدُ عنه.

وقال الشافعي^(٦) رحمته الله: لا يجوزُ دخوله إلى الحرم لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: ٢٣].

وعندنا^(٧): يجوزُ لما روي أنَّ وفدًا ثقيفٍ - وكانوا كفارًا - قدموا على رسول الله ﷺ فأمرَ بأن تضربَ لهم خيمةٌ في وسطِ المسجدِ الحرامِ فنزلوا فيه قيل: إنَّهم أنجاسٌ يا رسول الله ﷺ فقال: «إِنَّ نَجَاسَتَهُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ

(١) «مختصر الطحاوي» ٩٠، و«الهداية» ٤/٤٢٩، و«اللباب» ٤/١٦٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٤٣١، و«فتح القدير» ١٠/١٧-١٨، و«البحر الرائق» ٨/٣١٥، و«اللباب» ٤/١٥٧.

(٣) في (ب): (لعدم الضرورة). (٤) «المعونة» ٣/١٧٣٥.

(٥) «المهذب» ٢/٢٥٩، و«حلية العلماء» ٧/٧١٦، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/٢٣٧-٢٣٨.

(٦) «الهداية» ٤/٤٣١، و«البحر الرائق» ٨/٢٣١، و«درر الحكام» ١/٣١٩.

لا على الأرض^(١) والآية وردت فيهم حيث كانوا يطوفون عراةً ويتكلمون بالفواحش، فالنهي لذلك لا لنفس الدخول.

قال: (ويجيز الدعاء بمقعد العز من العرش، وكرهاه).

للمسألة عبارتان:

إحداهما: أسألك بمقعد العز من عرشك. والأخرى: بمقعد. وهذه تكره بلا خلاف؛ لأنه من القعود، والأولى مكروهة عندهما^(٢) لإيهام تعلق العز بالعرش. والعرش^(٣) محدث وهو تعالى بصفاته كلها قديم، وعن أبي يوسف^(٤) لا بأس به، وبه أخذ ألفقيه أبو الليث^(٥)؛ لأن الدعاء بهذا اللفظ مأثور عن النبي ﷺ: «اللهم أني أسألك (بمقعد)^(٥) العز من عرشك وبمتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك الثامة»^(٦). قالوا: هو خبر واحد، فكان الأمتناع من اللفظ الموهم أحوط، ويكره أن يقول الرجل في دعائه: بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك؛ لأنه لا حق / ١٨١ / لمخلوق على خالقي.



(١) رواه أبو داود في «المراسيل» ص ٨٠ (١٧) عن الحسن مرسلاً بلفظ: «إن الأرض لا تنجس، إنما ينجس ابن آدم».

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣٤، و«درر الحكام» ١/ ٣١٩.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «الهداية» ٤/ ٤٣١، و«درر الحكام» ١/ ٣٢١. (٥) في (ج): (بمقعد).

(٦) رواه ابن الجوزي في «الموضوعات» ٢/ ٤٦٤ (١٠٢٩) بلفظ «معاقد العز». وقال: حديث موضوع بلا شك.

فصل في المسابقة

هذا الفصلُ كُلُّهُ من الزوائد.

قال: (وتجوزُ المسابقةُ على الأقدامِ والخيْلِ والبغالِ والحميرِ والإبلِ والرمي).

الأصلُ في ذلكَ حديثُ أبي هريرة رضي الله عنه: «لا سَبَقَ إِلَّا خُفٌّ أو نَصْلٌ أو حافِرٌ»^(١)، والمرادُ بالخف: الإبلُ، والنصل: الرمي، وبالحافر: الفرسُ والبغلُ والحمارُ.

وعن الزهري^(٢) قال: كانتِ المسابقةُ بين أصحابِ رسولِ الله ﷺ في الخيلِ والركابِ والأرجلِ؛ ولأنَّه من أسبابِ الجهادِ ومحتاجٌ إليه للكرِّ والفرِّ، وكلُّ ما كان من أسبابِ الجهادِ فتعليمُهُ مندوبٌ إليه سعيًا في إقامةِ هذه الفريضة، وكانت ناقةُ رسولِ الله ﷺ -وهي العضباء- لا تُسَبَّقُ، فجاء أعرابيٌّ على قعودٍ فسبقها فشقَّ ذلكَ على المسلمين، فقال ﷺ: «ما رفع الله شيئًا إِلَّا وضعه»^(٣)، ودلالتهُ على جوازِ المسابقةِ ظاهرةٌ، وفي الحديث: سبقَ رسولُ الله ﷺ وأبو بكرٍ وعمرُ رضي الله عنهم فسبقَ رسولُ الله ﷺ وصلى^(٤) أبو بكرٍ وتلا^(٥) عمرُ، وعنه ﷺ: «لا تحضر

(١) رواه أبو داود (٢٥٧٤) والترمذي (١٧٠٠) والنسائي ٢٢٦/٦، وابن ماجه (٢٨٧٨) وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٧٤٩٨).

(٢) «الاختيار» ٤/٤٢٥.

(٣) رواه البخاري (٦٥٠١)، وأبو داود (٤٨٠٢) والنسائي ٢٢٧/٦.

(٤) صلى: المصلى هو تالى السابق، يقال صلى الفرس، إذا جاء مصليًا، ومن الذى يتلو السابق لأن رأسه عند صلاه. «الصحيح» ٥٩٦ مادة صلا.

(٥) في (ج): (وثلت).

الملائكة شيئًا من تلاعب سوى النصال والرهان»^(١) أي: الرمي والمسابقة^(٢).

قال: (فإن شُرط فيها جعلٌ من أحدِ الجانبين أو من ثالثٍ لأسبقهما جاز).

وذلك مثلُ أن يقولَ أحدهُما لصاحبه: إن سبقتني أعطيتُكَ كذا، وإن سبقتك لا آخذُ منك شيئًا. أو يقولُ الأميرُ لجماعةِ فرسان: من سبقَ منكم فلهُ كذا، وإن سبقَ فلا شيءَ عليه^(٣)، أو يقولُ لجماعةِ الرماة: من أصابَ الغرضَ فله كذا. وإنما جازَ في هذين الوجهين لاشتمالِهِ على التحريضِ على آلةِ الحربِ والجهادِ^(٤)، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنونَ عندَ شروطِهِم»^(٥)، وفي القياسِ لا يجوزُ؛ لأنه تعليقُ المالِ بالخطرِ.

قال: (ومن الجانبين حرامٌ إلا أن يكونَ بينهما محلٌّ بفرسٍ كفاءٍ لفرسيهما إن سبقَهُما أخذَ منهما، أو سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيُّهما سبقَ أخذَ من صاحبه).

إذا شُرطَ الجعلُ من الجانبين كان قمارًا، والقمارُ حرامٌ، إلا أن يكونَ

(١) رواه ابن أبي شيبة ٥٢٩/٦ عن مجاهد عن النبي ﷺ ورواه سعيد بن منصور في «سننه» ١٧٢/٢ وابن أبي شيبة ٣٠٣/٥ كلاهما عن مجاهد موقوفًا عليه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٤، و«فتاوى قاضيه خان» ٤٢٨/٣، و«الاختيار» ٤٢٦/٤. (٣) من (ج).

(٤) رواه أبو داود (٣٥٩٤) عن أبي هريرة، والترمذي (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف، والحاكم ٥٧/٢ وصححه الألباني في «صحيح أبي داود» ورواه البخاري معلقًا كتاب: الإجارة، باب: أجر السمسرة.

بينهما محللٌ بفرسٍ كفءٍ لفرسيهما يتوهَّم أنه يسبقُهُما، فإن سبقَهُما أخذَ منهما، وإن سبقاه لم يعطهما، وفيما بينهما أيُّهما سبقَ أخذَ من صاحبه، وإنما جازَ ذلك؛ لأنَّ بالمحللِ خرجَ أن يكونَ قمارًا فيجوزُ لما ذكرنا، وقيل في المحللِ: أن يكونَ إن سبقاه أعطاهما، وإن سبقهما لم يأخذَ منهما وهو جائزٌ أيضًا لما ذكرنا، ولو لم يكنِ الفرسُ المحللُ مثلهما لم يحزْ؛ لأنَّه لا فائدةَ في إدخالِهِ بينهما، فلم يخرجْ حينئذٍ من أن يكونَ قمارًا. وعلى هذا التفصيلِ إذا تنازعَ فقيهان في مسألةٍ فتراجعا إلى الشيخِ وجعلا على ذلك جُعلا؛ لأنَّ ذلك في معنى ما وردَ به النصُّ في المسابقةِ بالخيل، لأنَّ ذلك معنى يرجعُ إلى الحثِّ على التعلمِ وقيامِ العالمِ بالعلمِ والجهدِ. والله الموفقُ^(١).



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٢٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٢٦.

فهرس الموضوعات للمجلد التاسع

| ج/ص | الموضوع |
|------|--|
| ٥/٩ | كتاب الأيمان |
| ٢٧/٩ | فصل: فيما يكون يمينًا وفيما لا يكون |
| ٤٨/٩ | فصل في اليمين في الدخول والسكنى والخروج والركوب وغير ذلك |
| ٦٣/٩ | فصل في اليمين في الأكل والشرب |
| ٨٤/٩ | فصل في اليمين في الكلام واللبس والتحلي |
| ٩٧/٩ | فصل في اليمين في البيع والشراء والتزوج وتقاضي الدراهم |
| ١٠٣ | كتاب أدب القاضي |
| ١٣١ | كتاب الدعوى |
| ١٤٨ | فصل: في كيفية اليمين والاستحلاف |
| ١٥٣ | فصل: في التحالف |
| ١٦٦ | فصل: فيمن لا يكون خصمًا |
| ١٧٢ | فصل: فيما يدعيه الرجلان |
| ١٩٨ | فصل: إذا كانت تركة في يد زيد فجاء أحد الزوجين |
| ٢٠٢ | فصل: في دعوى النسب |
| ٢١٩ | كتاب الشهادات |
| ٢٣٥ | فصل: فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل |
| ٢٤٩ | فصل: في الاختلاف في الشهادة |
| ٢٥٨ | فصل: في الشهادة على الشهادة |

| | |
|-----|--------------------------------------|
| ٢٦٣ | كتاب الرجوع عن الشهادات |
| ٢٨٣ | كتاب القسمة |
| ٣٠٣ | فصل في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها |
| ٣١١ | كتاب الإكراه |
| ٣٢٧ | كتاب السير |
| ٣٤٣ | فصل في المواعدة ومن يجوز أمانه |
| ٣٥٢ | فصل في الغنائم وقسمتها |
| ٣٧٢ | فصل في كيفية القسمة |
| ٣٨٥ | فصل في التنفيل |
| ٣٨٩ | فصل في استيلاء الكفار |
| ٣٩٦ | فصل في المستأمن |
| ٤٠٧ | فصل في العشر والخراج |
| ٤١٥ | فصل في الجزية |
| ٤٢٨ | فصل في أحكام المرتدين |
| ٤٤٠ | فصل في البغاة |

* * *